



FACULDADE NACIONAL DE DIREITO



UFRJ

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**A NÃO APLICABILIDADE DA TEORIA DOS DANOS PUNITIVOS NO
DIREITO BRASILEIRO**

MARIA LUIZA RAIA DOS SANTOS VELLOSO PINTO

Rio de Janeiro
2019 / 1º



FACULDADE NACIONAL DE DIREITO



MARIA LUIZA RAIA DOS SANTOS VELLOSO PINTO

A NÃO APLICABILIDADE DA TEORIA DOS DANOS PUNITIVOS NO DIREITO BRASILEIRO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Ms. Professora Cristina Campos Gomes Seta**

**Rio de Janeiro
2019**



Maria Luiza Raia dos Santos Velloso Pinto

**A NÃO APLICABILIDADE DA TEORIA DOS DANOS PUNITIVOS NO DIREITO
BRASILEIRO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Cristina Campos Gomes Seta.

Data da Aprovação: ____/____/____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro



FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

2019.1



UFRJ

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pelo fôlego de vida e por me guiar nesta trajetória, fortalecendo-me todos os dias.

Agradeço, em especial, aos meus pais Rossana Raia dos Santos e Paulo Velloso Pinto, pelo incentivo, paciência e compreensão dedicados ao longo dessa caminhada, além de serem grandes inspirações profissionais.

Agradeço as minhas amigas queridas, Anna Luiza Martuscello e Isabelle Lisboa, por terem me dado palavras de sabedorias nos momentos difíceis, mostrando-me que a real felicidade está nas pequenas vitórias do dia a dia.

Agradeço as minhas amigas Beatriz de Arraes Queiroz e Lia Moreira Farias, que sempre se fizeram presentes, apesar da distância, me auxiliando nos momentos de dificuldade e trazendo alegria para minha vida.

Agradeço aos colegas e amigos que ganhei ao longo desses 5 anos de UFRJ, em especial, Amanda Balducci, Amanda Barbosa, Amanda Maia, Christiano Cunningham e Pedro Maia, por me acompanharem nessa caminhada.

Agradeço a todos os professores que tive durante minha jornada pelo curso de bacharelado em Direito (UFRJ), em especial, a minha orientadora, Cristina Gomes Campos Seta, pela paciência, compreensão e auxílio nos momentos de dúvidas que tive no decorrer do desenvolvimento dessa monografia, que foram essenciais para o desenvolvimento desse trabalho.

RESUMO

Observando o conceito de responsabilidade civil, verifica-se que é uma forma de equilibrar as relações jurídicas. Ocorre que no Direito Civil há um mecanismo de uso e entendimento bastante controvertido capaz de alcançar os objetivos da responsabilidade civil quando aplicado corretamente, a chamada função punitiva. Contudo, os tribunais e pesquisadores brasileiros acreditam que não se pode aplicar no país a função punitiva, razão pela qual a questão é alvo de controvérsias doutrinárias e embates judiciais. O então presente trabalho perseguiu o objetivo geral de analisar a possibilidade de aplicar a teoria dos danos punitivos no direito brasileiro, a partir de uma metodologia que compõe três bases: qualitativa, descritiva e bibliográfica. A justificativa que fomentou a motivação para se realizar o presente estudo se deu por a justiça brasileira se debruçar sobre as indenizações por danos morais considerando elas uma forma eficiente de efetivação da justiça. Somado a isso, estudos e pesquisas dos danos punitivos proveniente do direito americano apontam muitas dúvidas quando se tentava adaptar o sistema jurídico americano ao Brasil, ainda que somente na literatura. Concluiu-se com o presente estudo não ser possível atribuir o caráter punitivo ao ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Danos Punitivos; Responsabilidade Civil; *Punitive Damages*.

ABSTRACT

Observing the concept of civil liability, it is seen as a way of balancing legal relationships. It happens that in Civil Law there is a mechanism of use and understanding quite controversial able to reach the goals of civil responsibility when applied properly, the so-called punitive function. It occurs that Brazilian courts and researchers believe that the punitive function can not be applied in the country, which is why the issue is the subject of doctrinal controversies and legal conflicts. This work then pursued the general objective of analyzing the possibility of applying punitive damages theory in Brazilian law, based on a methodology that composes three bases: qualitative, descriptive and bibliographical. The justification that motivated the motivation to carry out the present study was given by the Brazilian justice to examine the damages for moral damages considering them an efficient form of effective justice. In addition, studies and research on punitive damages from American law point to many doubts when trying to adapt the American legal system to Brazil, although only in the literature. It was concluded with the present study that it is not possible to attribute punitive character to the Brazilian legal system.

Keywords: Punitive damages; Civil responsibility; American Law.

LISTA DE SIGLAS

1. CCCódigo Civil
2. CFConstituição Federal

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	6
2. RESPONSABILIDADE CIVIL.....	11
2.1. CONCEITO E QUESTÕES HISTÓRICAS.....	11
2.2. TIPOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	14
2.2.2. Dano.....	21
2.2.2.1. <i>Dano moral e indenização</i>	22
2.3. PILARES DO CÓDIGO CÍVIL.....	28
2.3.1. Da eticidade.....	28
2.3.2. A Socialidade.....	29
2.3.3. A Operabilidade.....	29
3. TEORIA DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> - CONCEITO, RAÍZES HISTÓRICAS, ANTROPOLÓGICAS E CARACTERÍSTICAS GERAIS NOS ESTADOS UNIDOS...31	
3.1. <i>PUNITIVE DAMAGES</i> E SUAS PECULIARIDADES JURÍDICAS NOS EUA.....	34
3.2. DECISÕES EXEMPLIFICATIVAS DE <i>PUNITIVE</i> E <i>EXEMPLARY DAMAGES</i>	38
3.2.1. Caso Paradigma (Stella Liebeck Vs Mcdonald's).....	38
3.2.2. Caso Paradigma 2 (<i>State Farm Mutual Automobile Insurance V. Campbell</i>).....	41
4. OS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> NO BRASIL – UMA EXPOSIÇÃO OBSERVANDO OS MOTIVOS DA NÃO APLICABILIDADE DO SISTEMA AMERICANO.....	43
4.1. AÇÃO CIVIL PÚBLICA	45
4.2. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.....	51
5. CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS.....	57

1. INTRODUÇÃO

Entende-se que a responsabilidade civil busca alcançar ferramentas que evitem desproporções entre as partes, de modo a construir e manter a harmonização das relações civis, para que, assim, se alcance uma boa convivência tanto coletiva como social. Nesse sentido, objetivo do instituto é garantir a reparação dos danos decorrentes da ofensa a um direito alheio.

Quando se observa o conceito de responsabilidade civil, verifica-se que é uma forma de equilibrar as relações jurídicas. Ocorre que, no Direito Civil, há um mecanismo de uso e entendimento bastante controvertido capaz de alcançar os objetivos da responsabilidade civil quando aplicado corretamente, a chamada função punitiva.¹

Apesar de sofrer influências de sistemas jurídicos estrangeiros, a função punitiva se encontra imersa na falta de informações de cunho científico sobre suas características, gerando obstáculos ao seu entendimento no mundo jurídico.

Sobre os problemas em torno disso, o pesquisador Antônio Junqueira de Azevedo² ao verificar a eficácia da função punitiva, entende que ela pode desestimular comportamentos danosos e também ser uma forma de coerção aos mesmos, já que existem limitações quanto a aplicabilidade de valores reparadores além de atrelar a função punitiva à institutos como multa, remoção e bloqueio de atividades.

No Brasil, grande parte da inspiração para o estudo da função punitiva decorre dos chamados danos punitivos, instituto que será analisado no presente trabalho. Ocorre também que os tribunais e pesquisadores brasileiros acreditam que não se pode aplicar no país a função punitiva, razão pela qual a questão é alvo de controvérsias doutrinárias e embates judiciais.

Observando-se a questão do dano, sabe-se que tal conceito jurídico está vinculado diretamente a questão da responsabilidade civil, instituto que busca equilibrar as forças

¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos. Editora Atlas, 2007.

² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil**: o dano social. In: Filomeno, José Geraldo Brito; Wagner Júnior, Luiz Guilherme da Costa; Gonçalves, Renato Afonso (Coord.). O Código Civil e sua interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

jurídicas de uma sociedade todas as vezes que alguém ou uma instituição é lesado por outro. O referido instituto já era discutido desde o império romano e vem se construindo na doutrina brasileira como a sustentação para que ninguém passe por um dano longe dos olhos do poder judiciário.

Sabe-se também que a responsabilidade civil, quando vista a partir dos danos, leva os magistrados a discutirem sobre a eficácia de indenizações por danos materiais e morais. É comum se criticar o sistema brasileiro no que tange a reparação, pois muitas vezes se considera que os julgamentos não tem conseguido fazer a o indivíduo que sofreu a lesão ter o erro minimamente reparado.

As críticas ao sistema brasileiro consideram que a sociedade contemporânea vive imersa em constantes mudanças, o que gera questionamentos acerca da eficácia das leis em vigor, em detrimento da necessidade de transformação das próprias práticas judiciais, que devem acompanhar as demandas sociais³, por isso seria tão importante uma análise da temática dos danos punitivos sob a luz da contemporaneidade.

Diante da problemática apresentada, o presente trabalho persegue o objetivo geral de analisar a possibilidade de aplicar a teoria dos danos punitivos no direito brasileiro, para isto, se busca de forma mais específica abordar em um primeiro momento o conceito de responsabilidade civil e seus elementos, para depois adentrar na teoria dos danos punitivos, trazendo seu histórico, conceito e as jurisprudências e peculiaridades em solo americano e brasileiro. Serão também apresentados os dois exemplos de casos paradigma de *Punitive Damages*, para que se consiga ter um melhor entendimento sobre o tema.

Logo após, será feito um comparativo entre o sistema judicial brasileiro e também o sistema judicial americano, buscando assim explicar de forma efetiva a inaplicabilidade do sistema americano no Brasil.

A justificativa que fomentou a motivação para se realizar o presente estudo se dá por a justiça brasileira se debruçar sobre as indenizações por danos morais considerando elas uma forma eficiente de efetivação da justiça. Somado a isso, estudos e pesquisas dos danos

³ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos. Editora Atlas, 2007

punitivos proveniente do direito americano apontam muitas dúvidas quando se tentava adaptar o sistema jurídico americano ao Brasil, ainda que somente na literatura.

Justifica-se também o trabalho por os danos punitivos serem de uso constante no meio jurídico, sendo assim, é dever do pesquisador fomentar discussões acerca da doutrina que possam contribuir com o fortalecimento do trabalho dos magistrados e, por conseguinte, contribuir com uma sociedade mais justa.

Para se alcançar o objetivo, a presente pesquisa seguiu uma metodologia que compõe três bases: qualitativa, descritiva e bibliográfica. Estes três pilares comportam um método de investigação que precisa entender referências bibliográficas, compreender e descrever um fenômeno.

Sobre o caráter qualitativo, este têm como característica analisar o objeto de pesquisa a ser estudado, ampliando, assim, o campo de investigação com maior profundidade, conforme explica Dupret.⁴ Segundo essa premissa, compreende-se que esse tipo de pesquisa possibilita compreensões melhores dos resultados coletados, afinal, o entender certas coisas, coloca em evidência a grande importância da metodologia qualitativa.

A integração do tipo qualitativo utilizado no trabalho, possibilitou uma melhor interpretação sobre a não aplicabilidade da teoria dos danos punitivos no direito brasileiro. Sobre a definição da pesquisa qualitativa, Creswell, explica que ela:

Começa com pressupostos e o uso de estruturas interpretativas/teóricas ou informam o estudo dos problemas da pesquisa, abordando os significados que os indivíduos ou grupos atribuem a um problema social ou humano. Para estudar esse problema, os pesquisadores qualitativos usam uma abordagem qualitativa da investigação.⁵

A pesquisa é qualitativa também por se preocupar com “a compreensão, com a interpretação do fenômeno considerando o significado que os outros dão às suas práticas, o que impõe ao pesquisador uma abordagem hermenêutica⁶.”

⁴ DUPRET, Leila. **O desafio da pesquisa qualitativa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2017, p. 45.

⁵ CRESWELL, John W. **Investigação qualitativa e projeto de pesquisa: escolhendo entre cinco abordagens**. 3. ed. São Paulo: Penso, 2014, p. 50.

⁶ MARCONI, M. de A. LAKATOS, E. M. **Metodologia Científica**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

Com relação ao viés descritivo, foi possível compreender as raízes históricas que contemplam o tema bem como as particularidades do mesmo. Sobre este caráter Sampieri, Collado e Lucio explicam que tal técnica busca “especificar propriedades, características e traços importantes de qualquer fenômeno que analisarmos e, descrever tendências de um grupo ou população”⁷.

Sobre a coleta de dados, a busca de materiais e de casos na jurisprudência deu base científica para realização do estudo. Este caráter bibliográfico parte “dos estudos exploratórios podem ser definidos como pesquisas bibliográficas, assim como certo número de pesquisas desenvolvidas a partir da técnica de análise de conteúdo.”⁸

A pesquisa bibliográfica, além de identificar possíveis lacunas do conhecimento, é possível delimitar prioridades para estudos futuros. Ela também auxilia os magistrados e operadores do direito a se familiarizarem mais com o tema que é tão relevante para a sociedade.

Dentro destes materiais coletados ocorreu o nascimento de uma pesquisa de campo, visto que ela também é constituída de uma observação dos fatos registrados na jurisprudência.⁹ Nesse sentido, ocorreu a observação do contexto social, espaço geográfico, fatos sociais a serem posteriormente examinados e estudados.

Ao cumprir o objetivo, a pesquisa, contribuiu com o aperfeiçoamento técnico de profissionais em geral, ocasionando assim novas propostas de trabalhos. Além de possuir um papel formador, ao aglutinar informações necessárias para a academia, a pesquisa contribuiu com a proteção e bem estar da vida humana, pois se trata de uma preocupação em manter uma sociedade mais justa.

⁷ SAMPIERI, et. al.. **Metodologia de pesquisa**. Porto Alegre: Penso, 2013, 624 p.

⁸ GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2002, 192 p.

⁹ MACEDO, Neusa Dias de. **Iniciação à pesquisa bibliográfica**: guia do estudante para a fundamentação do trabalho de pesquisa. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1994.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 CONCEITO E QUESTÕES HISTÓRICAS

Para tratar especialmente de Responsabilidade civil, este capítulo inicia uma abordagem de conceitos gerais. Observando pensadores contemporâneos, percebe-se que todo conceito possui uma história e uma geografia, como já afirmavam os filósofos Gilles Deleuze e Guattari na obra *O que é Filosofia?*¹⁰. Então a referida seção tratará, de forma breve o assunto, buscando suas principais referências históricas e a evolução do ordenamento jurídico brasileiro, pois assim se pode formarão as bases que alcançarão os objetivos da pesquisa.

Quando se trata de Direito, deve-se pensar em responsabilidade como atribuições de efeitos jurídicos, já que ocorre uma responsabilização sobre aquilo, um fato danoso que gerou consequências passíveis de reparação.¹¹ Ocorre que a vida pós contrato social, situação que nos qualifica enquanto seres com direitos e deveres, pode sofrer desequilíbrio quando condutas prejudicam o outro de forma material ou moral, sendo então necessária a reparação do dano causado e por consequência, o alcance do equilíbrio social novamente¹².

De acordo com Maria Helena Diniz (pág. 5) “o interesse em reestabelecer o equilíbrio violado pelo dano é a fonte geradora de responsabilidade civil”.¹³ Podemos entender assim, que a responsabilidade civil é vinculada à noção de não prejudicar outro. Nesse sentido, Rui Stoco define que

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana¹⁴ (STOCO, 2007, p.114).

A partir do parágrafo acima, entende-se que a ideia responsabilidade civil nasce de uma necessidade da própria sociedade de responsabilizar seus integrantes, cada um, por seus

¹⁰ DELEUZE, Gilles. GUATTARI, Félix. **O que é a Filosofia?** Trad. Bento Prado Jr. e Alberto Alonzo Muñoz. Rio de Janeiro: Ed.34, 1992.

¹¹ FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo código.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 76, n. 1, p. 17-63, jan./mar. 2010.

¹² *Ibid.*

¹³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 7.

¹⁴ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência.** 2007. p.114.

próprios atos, no caso de terem prejudicado uma outra pessoa. Silva completa que onde quer, portanto, enquanto houver obrigação “de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção”.¹⁵

A responsabilidade civil é utilizada quando houver dever jurídico e dano, sendo o responsável a pessoa que causou o dano. Isto ocorre porque ela deriva “da transgressão de uma norma jurídica civil preexistente, impondo ao infrator a consequente obrigação de indenizar o dano”¹⁶.

Advinda principalmente do período em que o pensamento iluminista era referência para as ciências, a ideia de reponsabilidade civil nasceu ganhou força após a Revolução Francesa. Com as primeiras indústrias modificando zona urbana e rural, constituíram-se as novas bases do mundo, ganhando as relações sociais maior complexidade, assim houve necessidade de estudos jurídicos mais abrangentes.¹⁷

O grande número de acidentes nas fábricas, questões de gênero e de consumidores foram os grandes motivadores para que cientistas jurídicos criassem subsídios para responsabilizar e reparar danos. Logo, a ideia de responsabilidade jurídica surge não propriamente de necessidades naturais da sociedade, mas de urgência em as forças jurídicas acompanharem as mudanças nas relações sociais que a própria sociedade construiu.¹⁸

Apesar da responsabilidade civil passar a ser matéria do direito na modernidade, já se discutia a diferença entre reparação e punição no período romano, onde os crimes que afetavam a ordem pública geravam multas aos cofres públicos e os que eram causados a uma pessoa fazia da vítima ou de sua família possuidores do direito de receber os valores estabelecidos em lei.¹⁹

¹⁵ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. 1 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2008. p 642.

¹⁶ STOLZE, Pablo Gagliano; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo Curso de Direito Civil**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p.93

¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 5 ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006. p 467-492.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 13 ed. São Paulo : Atlas, 2013.

O intitulado *damnum injuria datum* determinava que o delito²⁰ que era praticado por alguém que prejudicasse outra pessoa, seja por dolo ou culpa²¹, tanto de forma física como material, enseja responsabilização. Sobre isso explica Jose Dias²² que a indenização tinha caráter da pena e se referia tanto a danos morais como materiais.

Para Pamplona e grande parte dos pesquisadores, a responsabilidade civil passou a ser ainda mais discutida com o surgimento da *Lex Aquilia*, que separou o que era civil delitual ou extracontratual, conhecida como responsabilidade aquiliana. Este marco histórico é importante porque a doutrina da época passou a usar os termos “responsabilidade civil delitual” e “extracontratual”. Além disso as normas passaram estabelecer muitas baseadas em valores proporcionais ao dano causado.²³

No direito francês também estabeleceu-se que o direito de reparação a quem sofre as consequências de um dano. Tal ideia foi baseada no princípio aquiliano *in lege Aquilia et levissima culpa venit*, que se refere a obrigação da indenização, por mais leve que esta seja.²⁴

Ainda sobre a legislação francesa, precisamente no Código Civil de Napoleão, adotou-se como pressuposto da responsabilidade civil aquiliana a ideia de culpa, isso gerou

²⁰ Delito – (do Latim. *delictu*.) “O delito é a lesão social produzida pelo estado egoístico da psiquê humana, na qual a evolução altruística não está suficientemente avançada para dominar as tendências egoísticas, dentro do limite que exige determinado estado social.” Para Lanza, os sistemas penitenciários significam a pedagogia das prisões e, como se repetisse no campo jurídico os clarividentes magistérios de muitos inspirados defensores do codificador Denizard Rivail, escreve o jurista que devemos “extinguir a cela, o ergástulo, e substituí-lo pela escola profissionalizante para compelir o delinquente ao hábito do trabalho e da vida social. De modo que, fora de um delito absoluto, mera abstração dogmática, o delito para os espíritas é um conceito relativo que pode concretizar-se unicamente quando se relaciona com esse limite exigido por determinado estado social. Nem outra coisa quis dizer a criminologia científica, desde o famoso antigo princípio *nullum crimen sine lege*, que resiste vitorioso a toda tentativa de definição do delito como conceito absoluto *per se*, ou como conceito de *fenômeno natural*, segundo pretendeu Garáfalo”. Conclusão: A posição racional intermediária, da doutrina espírita, considera o mal como extremamente transitório e, portanto, de extinção gradual, tanto na esfera individual (*in concreto*), como no geral (*in abstracto*), por força da lei de *evolução* (SANTA MARIA, José Serpa de. **Direito à imagem, à vida e à privacidade**. Belém: CEJUP, 1994.p.50).

²¹ “Culpa é palavra relativa às faltas do Direito Civil, que não são crimes: A doutrina distingue a culpa lata, leve, levíssima. Culpa lata, ou grave, ou grande, que se-reputa igual ao dolo, é a falta com intenção de faltar, ou por negligência imprópria do comum dos homens: Culpa leve é a falta evitável com atenção ordinária : Culpa levíssima é a falta só evitável com atenção. (...) Dolo é o erro, à que uma das partes provoca a outra parte para enganar-a: Se o dolo, é de duas ou mais partes, para enganar á. terceiro, ou defraudar alguma lêi, vem à sêr propriamente fraude, é uma simulação fraudulenta: Se não ha fraude, isto é, md fé em qualquer forma; o acto é só simulado, mas não é fraudulenta” (SENIOR, Augusto Teixeira de Freitas. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 2017).

²² DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 2.

²³ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

²⁴ *Ibid*.

repercussão nas doutrinas do mundo todo e nas diversas legislações, uma delas foi o Código Civil Brasileiro de 1916. Apesar do código brasileiro sofrer influencia determinante da doutrina francesa, não se utilizou totalmente a ideia de culpa, o que fez surgir outras teorias e fortalecimento da ideia de reparação de danos.²⁵

Tratando-se propriamente de Brasil, o Código Criminal de 1830, período imperial, germinou o código civil e criminal, os quais se consolidaram sob o pilar da equidade. Considerava-se então tanto a reparação natural quanto a sua integridade no ordenamento jurídico.²⁶

Um pouco depois, em 1916, o Código Civil (CC) passou novamente a ser objeto de estudo, com a exigência da prova do dolo e do dano para que se possa aplicar a pena e sentenciar a reparação. Após isso há um salto jurídico, pois consolidou-se a ideia de que a reparação como obrigatória, independentemente de se considerar de forma, ainda que subjetiva, a culpa. Isso se deu graças aos estudos sobre responsabilidade civil, que repousavam sobre a teoria do risco e do dano objetivo²⁷.

Assim, podemos proceder as análises dos requisitos da responsabilidade civil no que tange seus tipos, elementos, o nexo de causalidade e o dano, que serão objeto de estudo dos tópicos a seguir.

2.2 TIPOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil, conforme abordado na última seção, é uma consequência jurídica do princípio do *neminem laedere* (“A ninguém é dado causar prejuízo a outrem”). Ela pode ser tanto contratual ou extracontratual.²⁸

A responsabilidade civil contratual está apresentada nos artigos 389 a 405 e refere-se ao não cumprimento um dever estabelecido previamente entre as partes. Já a responsabilidade

²⁵ *Ibid.*

²⁶ GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2014.

²⁷ “A responsabilidade civil poderá ser subjetiva, quando necessária a comprovação de culpa do agente causador do dano, ou objetiva, quando importante comprovar somente a ocorrência do dano e o nexo causal” PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**, 9.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, n. 44, p. 53, 2001.

²⁸ *Ibid.*

civil extracontratual expressa nos artigos 186 a 188 e também nos artigos 927 a 954 do Novo Código Civil. Esta última refere-se a imputação de um dever de indenizar alguém que sofre o prejuízo de uma ação de outra pessoa, ainda que não tenha por regra nenhuma relação entre a pessoa que recebeu o dano e aquele que o aplicou.²⁹

Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.³⁰

O referido artigo aborda a questão do abuso de direito e não se vincula a sua definição a culpa. Quando se trata de direito brasileiro a prática abusiva é relacionada ao desvio de finalidade e não necessariamente a intenção de se causar determinado prejuízo a alguém.³¹ Mas o que seria lícito?

Em sentido estrito, o ato ilícito é o conjunto de pressupostos da responsabilidade – ou se preferirmos, da obrigação de indenizar. [...] Em sentido amplo, o ato ilícito indica apenas a ilicitude do ato, a conduta humana antijurídica, contrária ao Direito, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico. Tal como o ato ilícito, é também uma manifestação de vontade, uma conduta voluntária, só que contrária à ordem jurídica.³²

O ponto em comum dos dois tipos apresentados é a questão da culpa. A doutrina chegou a buscar um conceito unitário de culpa que unificasse a responsabilidade contratual e a extracontratual, atuando principalmente na relação entre credor e devedor.³³

Observando a questão, verifica que ocorre um sistema unitário: culpa, dano e nexo causal entre dano e ato culposos, mas para compreender melhor, é necessário o entendimento de tipos e espécies de responsabilidade civil, que se apresentam como subjetiva e objetiva³⁴.

2.2.1 Espécies na responsabilidade civil

²⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Responsabilidade civil** contratual e extra-contratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil Brasileiro. Tuiuti: Ciência e Cultura, n.30, FCJ 04, pp.107-119, Curitiba, mai.2002.

³⁰ CAHALI, Yussef Said (Org.). **Constituição Federal**. Código Civil. Código de Processo Civil. Código Comercial. 9.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 – RT Mini Códigos.

³¹ GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2014.

³² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 12 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2015.

³³ CAPELLARI, Eduardo; PRANDO, Felipe Cardoso de Melo (orgs.). **Ensino Jurídico: Leituras interdisciplinares**. São Paulo: Cultura Paulista, 2001.p.21.

³⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. Vol. 7. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

De forma geral, entende-se por Responsabilidade Civil, a partir do que foi abordado até aqui, como o dever de indenizar o dano causado a outra pessoa. A ideia de culpa em Direito, no sentido estrito pode se apresentar na forma objetiva e subjetiva. A primeira refere-se a violação de um dever e por conseguinte o desrespeito a um direito alheio, já a forma subjetiva é a verificação da impossibilidade de praticar uma ação, seja ela consciente ou inconsciente.³⁵

A culpa é entendida tanto com relação a reprovabilidade social, “*animus agendi*”, e na previsibilidade que se verifica na relação entre o ato praticado e o resultado gerado. Por um segundo viés, a análise a culpa é vista pela ótica da previsibilidade dos resultados gerados a partir da violação do cuidado objetivo. Consiste na reparação de determinadas situações sem a necessidade de análise de culpa. Não carece da análise da culpa para se configurar, bastando apenas a existência da conduta humana, do dano e do nexo de causalidade.

Em geral a teoria jurídica possui dificuldade em separar os tipos de responsabilidade civil, mesmo o Código Civil de 2002 mantendo culpa como base da responsabilidade subjetiva, ela é interpretada como um dolo. Isso quer dizer que não se pode entender a culpa num sentido estrito da palavra, pois

A vítima só obterá reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna. O desenvolvimento industrial, proporcionado pelo advento do maquinismo e outros inventos tecnológicos, bem como o crescimento populacional geraram novas situações que não podiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa.³⁶

Com as mudanças históricas, conforme mencionado já nesse trabalho, a doutrina entendeu que a culpa no sentido objetivo e tradicional precisava ser revista. Foi quando se começou a sustentar uma responsabilidade objetiva que não possuía culpa, baseando-se na teoria do risco.³⁷

Após algumas modificações o Código Civil passou, a partir dos arts. 927 e 931, principalmente entender que

³⁵ *Ibid.*

³⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.p.67

³⁷ GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2014.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

[...]

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.³⁸

Os artigos acima destacam que na responsabilidade objetiva há claramente o ato danoso e ilícito, mas a culpa não é um elemento necessário, já que ela pode ou não existir. Sobre isso Constituição Federal de 1988 determinou no art. 37, § 6º que

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.³⁹

Esta foi uma forma encontrada pela a Constituição Federal (CF) de dividir o que é subjetivo e objetivo. A responsabilidade subjetiva está relacionada a ideia de ação intencional que prejudicou uma pessoa, é uma culpa intencional. Já a responsabilidade objetiva encontra-se vinculada a teoria do risco, que determina a reparação do dano ainda que não exista uma culpa definida.⁴⁰

A Responsabilidade civil subjetiva tem sua base fundada no princípio *neminem laedere*, que significa “ninguém pode causar prejuízo a outrem”, que encontra-se disposto no art.186 do código civil, segundo o qual aquele “que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”⁴¹

³⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 39.

³⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 7.p.78

⁴⁰ DANTAS, Ana Paula de Aquino. Reflexões sobre o sentido da culpa na responsabilidade civil. Monografia apresentada como pré-requisito para a conclusão do Curso de Graduação de Bacharel em Direito, pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UNB), Brasília, dez. 2007.

⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008

Quando se trata da subjetiva, sabe-se que ela é diferente da objetiva, mas a teoria jurídica entende que é incorreto dizer que são espécies diferentes, já que a reparação é uma obrigação nas duas formas. Sendo então a definição da culpa a diferença entre as duas.⁴²

Apesar da não separação, em outras palavras a forma subjetiva é aquele dano causado pelo agente, sendo ele o detentor da culpa, já a forma objetiva determina a não obrigatoriedade da culpa no ato, ainda que obrigue a reparação.

Diferentemente da responsabilidade subjetiva, a objetiva é caracterizada por uma ação lícita, mesmo que esteja dentro da legalidade, causou dano a alguém. Foi assim que se passou a usar a teoria do risco, pois ela se volta para o preenchimento das lacunas que a ideia de culpa deixava. A ideia de responsabilidade objetiva determina que o dano por aquele que esta ligado a ele por nexo causal.⁴³ Para Carlos Roberto Gonçalves:

A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (ubi emolumentum, ibi onus, isto é, que aufere os cômodos (lucros) deve suportar os incômodos ou riscos), ora mais genericamente, como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo, em razão de uma atividade perigosa, ora, ainda, como “risco profissional”, decorrente da atividade ou profissão do lesado, como ocorre nos acidentes de trabalho.⁴⁴

Para entender melhor a relação de dano e nexo causal, faz-se necessária a compreensão do que seriam estes elementos. Os mesmos serão apresentados nas próximas seções. Considera-se três importantes elementos da responsabilidade civil, são eles:

- a) Conduta Humana;
- b) Nexos Causal;
- c) Dano.⁴⁵

Tratando-se primeiramente de Conduta humana, entende-se este como qualquer ação praticada por um indivíduo que esteja consciente de sua ação de causador do dano. A

⁴² BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3 Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1997.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

p.56

⁴⁵ *Ibid.*

voluntariedade é então o aspecto primordial deste elemento⁴⁶.

Outro elemento da responsabilidade civil é o nexo causal. Trata-se de um vínculo entre o agente e o resultado danoso. Refere-se a relação de causa e efeito que se cria entre a ação ou omissão do agente e os efeitos de suas ações no ambiente.⁴⁷

Entende que nexo causal não é um conceito somente jurídico, já que ele é intrínseco às leis naturais. Lembrando dos conceitos da própria física, ele é a própria relação causa e efeito quando se observa a conduta e o resultado. No entanto, sabe-se que quando observa-se a causa de alguma ação, percebe-se que ela não pode ser só uma, muitas vezes há um conjunto de fatores que influenciam.⁴⁸

Quando se trata de responsabilidade civil, o nexo causal é o elemento que identifica o responsável pelo dano e possibilita verificar e compreender o dano em sua extensão, sendo possível então aplicar uma reparação justa. Apesar da culpa ter sido durante um tempo a medida de aplicação da pena, o nexo de causalidade passou a ser usado como determinante para deferir o dano indenizável.⁴⁹

O nexo causal é importante porque ele delimita se há ou não a necessidade de imputação do agente, em outras palavras, o que originou o delito danoso. Sobre isso há três teorias, que são a da Equivalência das Condições (*Conditio Sine Qua Non*); Teoria da Causalidade Adequada e a Teoria da Causalidade Direta ou Imediata.⁵⁰

A primeira teoria foi formulada por Von Buri no séc. XIX e considera a condição sem a qual não existe o crime. Tudo que pode influenciar o evento danoso pode ser considerado *Conditio Sine Qua Non* forma o nexo causal. Nesse sentido

Deve ser considerada causa de um determinado fenômeno a totalidade das forças que, de qualquer maneira, participaram para a produção do mesmo. E isto porque a existência de tal fenômeno fica a depender, de tal modo, de cada uma dessas forças

⁴⁶ Isto refere-se aos fatos jurídicos, que são acontecimentos praticados por seres humanos que afetam de alguma forma as relações jurídicas. BARROS, André Borges de Carvalho. **Elementos do Direito** - Direito Civil. São Paulo: Premier máxima, 2007.

⁴⁷ SAMPAIO DA CRUZ, Gisela Sampaio. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁴⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁵⁰ *Ibid.*

que, pela supressão de uma só delas (ou dessas condições) teria, como consequência, a supressão do próprio fenômeno. Por conseguinte, cada condição insuflaria vida à totalidade (ou massa), sem ela inerte, de todas as demais condições, tornando cada condição, pois, causal referente a todas as outras.⁵¹

Von Kries criou a Teoria da Causalidade Adequada, que se refere a causa como o fato idôneo que ocasionou o dano, podendo ser então ela qualquer ato que possa contribuir para a violação da relação jurídica. Verifica-se a partir de uma análise qual a melhor condição que ocasionou o ato.⁵²

Já a Teoria da Causalidade Direta ou Imediata, originada pelo pesquisador brasileiro Agostinho Alvim, compreende a causa como simplesmente a ação ou fato que ocorre antes do evento danoso. Estabelece-se assim uma relação direta entre o evento que antecede e a própria ação.⁵³

Para compreender as ligações entre elementos da responsabilidade civil, como o nexo causal, faz-se necessário o entendimento do que seria o dano. Para isso esta seção passará por elemento, espécies e classificações de culpa, mas antes disso estabelece-se que primordialmente dano é a efetiva violação de um direito jurídico tutelado, seja ele patrimonial (material) ou extrapatrimonial (moral).⁵⁴

2.2.2 Dano

O dano é a própria violação do interesse jurídico tutelado. Muitas constituições não deixam exatamente explicadas os tipos de dano, mas o direito comparado tem verificado que há uma necessidade de determinar os tipos, porque eles podem afetar alguém enquanto individualidade humana e também seu patrimônio.⁵⁵ Consideram-se então os seguintes direitos: patrimonial (material) e extrapatrimonial ou pessoais (moral).

O art. 5.º, V, da CF (Constituição Federal) entende que é “assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo além da indenização por dano material, moral e à imagem”. Além disso o art. 5.º, X determina que “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e

⁵¹ BURI, Apud SILVA, 1962, p. 207.

⁵² COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Nexo causal**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

⁵³ *Ibid*

⁵⁴ *Ibid*.

⁵⁵ BUSNELLI, Francesco Donato, PATTI, Salvatore. **Danno e responsabilità civile**. Torino: Giappichelli, 1997.

a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.⁵⁶

O dano patrimonial foi o primeiro a ser determinado pela doutrina, sendo o mais antigo portanto. Já o dano moral é mais recente, já que entendeu-se que os bens não patrimoniais estavam a cargo do Direito Penal. Em outras palavras considera-se como danos patrimoniais aqueles que podem ser mensurados em dinheiro e que podem ser reparados.⁵⁷

A doutrina entende que Patrimônio é "o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro"⁵⁸. Ressalta-se que o dano patrimonial atinge em necessário o dano, sendo que o prejuízo pode ultrapassar as barreiras do patrimônio. Nesse sentido muitas discussões passaram a ser feitas quando se discutia a questão da violação do interesse juridicamente tutelado, sendo então o dano como algo a ser interpretado como algo que vai além de bens materiais. Já os danos extrapatrimoniais *não patrimoniais* ou *morais* são identificados como aqueles que possuem vínculo com interesses insusceptíveis de avaliação pecuniária.⁵⁹

No que tange o dano moral, entende-se que ele é caracterizado como aquele que atinge a honra, dignidade, intimidade, imagem, nome, conforme a CF, determina nos arts. 1º, III, e 5º, V e X). Esse tipo de dano pode acarretar prejuízos mais subjetivos como humilhação, tristeza, chegando a colocar a vítima a situação de vexame.⁶⁰

O dano moral não exclui o patrimonial e vice-versa, mas um pode ser entendido separado ou anexados ao outro, podendo os ocorrerem tanto em pessoa jurídica como em civil. Estes danos estão presentes na CC precisamente no no art. 186.⁶¹

Por poder violar o direito a personalidade, o dano moral não exige prova concreta, um exemplo disso é a súmula do STJ que determina que “Independente de prova do prejuízo a

⁵⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 5 out. 1988.

⁵⁷ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Por uma Nova Categoria de Dano na Responsabilidade Civil: o Dano Social*. In RTDC. v. 9. 2004.

⁵⁸ CAVALIERE FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.96.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 5 out. 1988.

⁶¹ BARROS, Ana Lúcia Porto de. et al. **O Novo Código Civil Comentado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

indenização pela publicação não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”⁶².

2.2.2.1 Dano moral e indenização

Na própria doutrina se determina o que é dano moral. Ela o considera como uma lesão ao patrimônio jurídico materialmente não apreciável de determinado indivíduo. É, portanto, uma violação daquilo que rege os princípios morais tutelados pelo direito, eles podem ser crenças, honra, paz, decoro, liberdade, vida e integridade moral.

Os danos morais são prejuízos sofridos pelo indivíduo no que tange seu físico e pessoal natural de direito. O seu patrimônio ideal é afetado, sendo este não suscetível a mensuração exata de valor.⁶³ Nesse sentido, o dano moral é um termo técnico utilizado para apontar uma espécie de lesão causada a uma pessoa.

O dano moral é um prejuízo que causa repercussão direta sobre o lesado.⁶⁴ Cahali explica que ele, em conformidade com o que já foi abordado, prejudica a pessoa para além de seu patrimônio, pois é um dano que não pode ser restituído ao seu estado anterior, por isso é visto com seriedade pela magistratura. Ele define-se como:

A privação ou diminuição daqueles bens que tem um valor precípua na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se, desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc) e dano que molesta a parte afetiva do patrimonial moral (dor, tristeza, saudade, etc.).⁶⁵

Pelo fato do equilíbrio jurídico não poder ser reparado de forma que volte ao seu estado anterior e nem substituído, indenizações por danos morais são aplicados a título de compensação com a finalidade de minimizar o sofrimento causado pelo dano. Para Venosa, mais do que isso

⁶² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 5 out. 1988.

⁶³ OLIVEIRA, Marcius Geraldo Porto de. **Dano moral**: proteção jurídica da consciência. Leme: Led, 1999.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ CAHALI, Yussef Said (Org.). **Constituição Federal**. Código Civil. Código de Processo Civil. Código Comercial. 9.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 – RT Mini Códigos.

O dano ou interesse deve ser atual e certo; não sendo indenizáveis, a princípio, dados hipotéticos. Sem dano ou interesse violado, patrimonial ou moral, não se corporifica a indenização. A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima.⁶⁶

No Brasil o dano material é avaliado pelo valor do bem lesado para que se possa aplicar a indenização, mas no dano moral tende apenas a compensar o dano sofrido, como já explicado anteriormente. Sendo assim esta reparação não se baseia no comércio da moralidade ou honra de alguém, mas um valor que visa significar respeito ao prejudicado.⁶⁷ Nesse sentido, faz-se necessário lembrar dos direitos de personalidade, tratados no próprio Código Civil, precisamente nos artigos 11 a 21, e também na Constituição Federal, por meio da Dignidade da Pessoa Humana, disposta no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna, que diz que

[...] a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CR/88) é erigida à condição de meta-princípio (sic). Por isso mesmo, esta irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais, exigindo que a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário, sempre tratando cada pessoa como fim em si mesma, nunca como meio (coisas) para satisfação de outros interesses ou de interesses de terceiros.⁶⁸

Quando o lesado solicita reparação por danos morais, não há como valorar a sua dor, mas diminuí-la. O dano moral só foi definitivamente incluído na norma jurídica brasileira com a Constituição Federal de 1988, que determinou a reparabilidade no art. 5º, V, a Constituição Federal, ele diz que

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.⁶⁹

⁶⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. Vol.4. 3ªed. São Paulo: Atlas S.A., 2003.p.28.

⁶⁷ OLIVEIRA, Marcius Geraldo Porto de. **Dano moral: proteção jurídica da consciência**. Leme: Led, 1999.

⁶⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 297.

⁶⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 5 out. 1988.

O parágrafo acima foi uma evolução da CF no que tange a reparação por danos morais. De certa forma o Código Civil de 1916, em seu art. 159. 1 já abordava o assunto, mas somente na CF de 1988 em seu art. 5º, V e X, abordou-se a reparabilidade ou não somente o dano moral.⁷⁰

A CF Cidadã consagrou o dano moral como uma lesão passível de reparação em sua plenitude, nesse sentido foram cessadas no Brasil as discussões sobre direito indenizatório, já é teoria amplamente aceita, porém há de se considerar que é necessário reunir os elementos dano, ilicitude e nexo causal para se poder fazer justo o pedido de indenização.⁷¹

O problema que cerca pesquisadores da magistratura, com relação a danos morais, é que há uma dificuldade em determinar valores adequados ao instituto, pois as quantias devem ser equiparadas de forma justa.

Alguns juristas defendem a tarifação na lei para uma porcentagem considerável dos casos de ofensa à honra e aos direitos da personalidade, considerando que o juiz é sempre aquele que irá decidir o valor da indenização.⁷²

O quantum indenizatório, segundo Vargas, deve levar em conta as condições materiais das partes, classe social, e a lesão que sofreu a vítima, bem como a intensidade da culpa e o que mais for relevante, aproximando assim a indenização de um valor justo para ambas as partes.⁷³ Sobre isso o CC salienta no art. 1.553:

Trata-se, então, de uma estimação prudencial, que não dispensa sensibilidade para as coisas da dor e da alegria, para os estados d'alma humana, e que destarte deve ser feita pelo mesmo juiz ou, quando muito, por outro jurista, inútil sempre pôr em ação a calculadora do economista ou de técnico em contas.⁷⁴

O parágrafo acima afirma que a definição do dano e a sua valoração não pode ser definida por uma calculadora, é necessária a prudência de um juiz para considerar todos os

⁷⁰ SANTOS, Ozéias de Jesus dos. **Reparação do dano moral**: doutrina, jurisprudência, legislação e prática. 2. ed., Campinas: Julex, 1998.

⁷¹ REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. 3 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

⁷² VARGAS, Glaci de Oliveira Pinto. **Reparação do dano moral**: controvérsias e perspectivas. 2. ed., Porto Alegre: Síntese, 1997.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ BRASIL. Código Civil. **Novo Código Civil**: exposição de motivos e texto sancionado. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002.

pontos. Apesar disso há casos em que se determina as diretrizes à valoração do dano moral puro, como a Lei 4.117 de 27.08.1962 (Código Brasileiro de Comunicações) onde há determinados cálculos reparatórios para indenizações por dano moral.⁷⁵

Quando se trata de dano moral, a doutrina apresenta dois sistemas que podem ser aplicados na reparação: o sistema tarifário e o aberto. No primeiro, o valor da indenização sofre predeterminação. Em outras palavras, o juiz determina o valor baseado no caso concreto. No Brasil se aplica o segundo. Nele cabe ao juiz fixar o *quantum* de forma subjetiva, como já expressa na CF conforme abordado anteriormente.⁷⁶

Retomando a questão da prudência, deve o juiz também evitar que o praticante do dano possa reiterar atos ilícitos análogos, como ocorrem com bancos que consignam determinadas informações negativas sobre pessoas, impedindo-as assim de terem acesso ao crédito e, com a justificativa de erro operacional.

Nessa situação a indenização deve reparar a lesão causada à vítima pelo vexame e punir, de forma exemplar, o autor do dano, impedindo assim a repetição da prática.⁷⁷ Um contraponto que gira em torno da subjetividade na decisão do juiz é o fato de ele não ter vivenciado o problema do indivíduo que sofreu a lesão, sobre isso:

Cada um recebe de modo diferente o impacto sofrido, por exemplo, pela perda de um ente querido. O protesto indevido de um título pode ter impacto diferente num experiente comerciante e num trabalhador comum. A prisão indevida de um cidadão comum reflete de modo diferente do que a daquele que já foi preso várias vezes e se encontra habituado à vida no cárcere. A mãe amorosa que perde um filho é diferente daquela que mantém um relacionamento distante ou que nem se relaciona com o mesmo. Enfim, cada pessoa recebe de modo diferente o impacto decorrente de uma agressão direta aos direitos da personalidade ou da perda de um ente querido, uma vez que a estrutura psíquica e emocional de cada uma é peculiar e própria, assim como são diferentes os laços de afetividade que unem as pessoas, mesmo em se tratando de pais e de filhos ou de um mesmo pai ou de uma mesma mãe com filhos diversos.⁷⁸

⁷⁵ BRASIL. Código Brasileiro de Telecomunicações. **LEI Nº 4.117**, DE 27 DE AGOSTO DE 1962. Diário Oficial. República Federativa do Brasil, Brasília-DF, 1962.

⁷⁶ VARGAS, Glaci de Oliveira Pinto. **Reparação do dano moral: controvérsias e perspectivas**. 2. ed., Porto Alegre: Síntese, 1997.

⁷⁷ REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. 3 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

⁷⁸ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Responsabilidade civil subjetiva e objetiva da empresa em face do novo Código Civil. **Síntese Trabalhista**, Porto Alegre: Síntese, v. 15, nº 175, p. 42-44, jan. 2011. p.191.

Os indivíduos vivem as emoções de formas diferentes. Como o juiz não sentiu a dor com sofrimento da pessoa lesada, deve-se então se preocupar a análise dos fatos a partir de uma visão particular e sem envolvimento ligado às emoções.⁷⁹

Justamente por encontra-se fora do indivíduo que o juiz analisa o meio social, a moral, personalidade e outros fatores que fazem parte do contexto da lesão. Nesse sentido a valoração do dano moral o poder judiciário faz uso de provas periciais, testemunhais e documentais, com o auxílio de profissionais da psicológica, medicina e etc.⁸⁰

A Constituição Federal de 1988 determina como princípio da ordem econômica a defesa do consumidor no art. 170. Foi então estabelecido o mandato ao Estado para que fiscalize e proteja a lei (Art. 5º, XXXII, CF). Ao se criar o Código de Defesa do Consumidor, foi determinado como direito básico a reparação por danos morais na relação consumerícia (Art. 6º, VI, CDC).⁸¹

Muitos serviços oferecidos possuem relação com a personalidade do indivíduo, necessitando então a proteção de bens jurídicos primários, como a vida. São

Os bens que aqui nos interessam são aqueles inerente à pessoa humana, a saber: a vida, a liberdade e a honra, entre outros. A proteção que se dá a esses bens primeiros do indivíduo são denominados de direitos de personalidade.⁸²

Quando direitos de personalidade vem a ser prejudicados, seja devido vícios ou avarias que possam ser detectadas tanto nos produtos quanto serviços, ocorre o dano moral, que é rechaçado pelo ordenamento:

Além da autodefesa da personalidade, que todos possuímos, o Art. 12 do Código Civil tutela amplamente o direito geral de personalidade, outorgando os meios necessários para que qualquer pessoa, que esteja na iminência de sofrer um atentado a direito de personalidade, possa fazer cessar a ameaça ou a lesão e requerer perdas e danos.⁸³

Ainda:

⁷⁹ AMARANTE, Aparecida I. Responsabilidade civil por dano à honra. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

⁸⁰ OLIVEIRA, Marcio Geraldo Porto de. **Dano moral**: proteção jurídica da consciência. Leme: Led, 1999.

⁸¹ MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o Novo Regime das Relações Contratuais. 6. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

⁸² SZANIAWSKI, E. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. 2. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 72.

⁸³ AMARAL, F. **Direito Civil**: introdução. 7. ed. Rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 283-285.

“Nos casos em que a execução do atentado tenha sido instantânea, ou que já tenha produzido efeitos danosos, a tutela do direito de personalidade violado será realizada por intermédio da indenização de dano moral, independentemente da reparação de dano patrimonial, quando este coexistir”.⁸⁴

O legislador estipulou duas coisas:

- a) Todo dano, deve receber a reparação mais justa possível, obedecendo Código Civil vigente (Art. 186, CC);
- b) A efetiva proteção dos consumidores esta na cláusula pétrea da Constituição Federal de 1986 .

Caso o dano afete de alguma forma a saúde mental da pessoa lesada, cabe então medidas reparatórias. Nesse sentido, ainda que o legislador não consiga identificar o grau de sofrimento como aquele que foi prejudicado, a reparação é obrigatória.

A indenização por danos morais é direcionada principalmente ao consumidor, que possui maior vulnerabilidade (Art. 4º, I, CDC), haja vista que quando se trata das relações entre comerciante e consumidor, os tribunais brasileiros entendem que o dano moral depende da superação do “aborrecimento”.

2.3 PILARES DO CÓDIGO CÍVIL

O cenário pós-positivista e contemporâneo vivenciado pelo direito é notado na seara civil com a inserção das cláusulas gerais. Desta maneira, foi adotado o modelo de cláusulas abertas, acabando, portanto, o vigente Código, por abandonar a concepção positivista extrema do movimento codificatório pretérito, que defendia a possibilidade de a normatização prever todos os problemas concretos, afinal de contas não prevalece a crença da plenitude do Direito Positivo.⁸⁵

Por cláusula geral se infere uma norma obediente ao devido processo legislativo, nela há uma hipótese legal que confere tratamento jurídico a um domínio amplo de casos. No entanto, há na cláusula geral uma generalidade no enunciado, com a presença de conceitos

⁸⁴ *Ibid.*, p. 248.

⁸⁵ BARROS, Ana Lúcia Porto de. et al. **O Novo Código Civil Comentado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

indeterminados, que possuem conteúdo e extensão em larga medida incertos, aproximando o direito da ética, na busca da harmonia do direito privado em face dos valores constitucionais.⁸⁶

2.3.1 Da eticidade

A eticidade, segundo Figueiredo e Figueiredo (2018, pag. 110) consiste em um dever Jurídico de condução das relações civis de forma proba, impondo um agir segundo os valores sociais e morais relevantes, fincados na boa-fé e equidade. Corporifica-se no vigente Código Civil por meio de cláusulas abertas (gerais), as quais conferem possibilidade de atualização, haja vista seus conceitos indeterminados.⁸⁷

Confere ao operador do direito, na análise e valoração do contexto social na resolução do caso concreto, o dever de sua concretização, dando contornos aos conceitos Indeterminados. Cristalizando assim a superação do formalismo jurídico em busca da sua valoração ética.⁸⁸

2.3.2 A Socialidade

A socialidade é outro princípio geral marcante do vigente Código Civil, consistindo na quebra do paradigma liberal-individual e ascensão do transindividual. É a transmutação da visão individualista da codificação do Código Civil anterior a solidária do Código Civil de 2002, em combate ao exacerbado individualismo possessivo de outrora.⁸⁹

Traduz consagração e materialização na órbita civil dos princípios do solidarismo social, justiça distributiva e diminuição das desigualdades sociais, todos de base constitucional (art. 3º, 1, III e IV), em afronta a visão egoística pretérita.⁹⁰

A sociabilidade é instrumentalizada no Código Civil em três esferas principais: função social do contrato (an. 421); função social da propriedade; e função social da posse (art. 1.228).⁹¹

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*

A força obrigatória do contrato não fica estranha a esse fenômeno de revisão, verificando-se a necessidade de estabelecer trocas úteis e justas, com vistas à promoção da equivalência material das prestações ou, como também é denominada, Justiça contratual.⁹²

2.3.4 A Operabilidade

A operabilidade é o terceiro princípio informador do atual Código Civil. Consiste no fato de as normas do vigente Código serem de mais fácil acesso, possibilitando que uma gama bem maior da sociedade as entenda e utilize mais corriqueiramente. É a qualidade de ser operável.

Relaciona-se de forma perfeita com o princípio constitucional do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV). Uma vez conhecida a norma, por ser operável e inteligível à maioria da população, tem-se maior acesso ao Poder Judiciário.⁹³

Operabilidade é princípio que constrói o princípio vetor de interpretação constitucional da coloquialidade. Remete ao ideal do direito operável à sua maleabilidade, a qual foi deveras aumentada em virtude da inserção de cláusulas gerais.⁹⁴

Agora que se apresentaram alguns aspectos jurídicos do sistema brasileiro, o próximo capítulo tratará dos *punitives damages* e as discussões atuais que giram em torno do sistema.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*

3. TEORIA DOS *PUNITIVE DAMAGES* - CONCEITO, RAÍZES HISTÓRICAS, ANTROPOLÓGICAS E CARACTERÍSTICAS GERAIS NOS ESTADOS UNIDOS

Os *punitive damages* ou verbas punitivas originaram-se em solo britânico. A Inglaterra do século XVII discutia casos dentro ordenamento do *common law* que possuíam exigências de uma punição reparadora e pedagógica. Mais tarde, já no século XIX, as cortes americanas e inglesas introduziram na doutrina distinções reais sobre as funções compensatória e punitiva inerentes da indenização. Apesar da Inglaterra e EUA serem as principais referências, há de se verificar as questões históricas envolvidas no instituto.⁹⁵

O *punitive damages* possui remotos ordenamentos na antiguidade, tendo como exemplo o Código de Hammurabi, anos 2000 a.C.; o Código de Manu, 200 a.C.; a Lei das XII Tábuas, 450 a.C e o Código Hitita, Séc XV a.C.⁹⁶ Tratando especialmente de uma abordagem mais antropológica dos *punitive damages*, sabe-se que o instituto foi pensado sob a ótica da vingança, paixão humana vinculada a ideia hobbesiana de homem e sua natureza animalesca⁹⁷.

Com a *Lex Aquilia* (286 a.C.), a qual foi estabelecida pelo Direito Romano, foram feitas novas tentativas de se conseguir efetuar a aplicação de uma pena privada para a reparação civil, buscando assim uma resposta jurídica a atos ilícitos que eram praticados contra terceiros.⁹⁸

Porém, dessa vez, foram utilizados instrumentos que eram típicos ressarcitórios, os quais eram direcionados para a incidência da responsabilidade do indivíduo que causou o dano ao seu patrimônio e não à sua pessoa, buscou-se assim o restabelecimento da situação jurídica que existia anterior a lesão.

Era disposto para a vítima do crime as *actiones poenalis* privadas, sendo por meio desta que procurava punir o responsável impondo sanções pecuniárias que possuíam o objetivo de

⁹⁵ LAGROW, John Zenneth. BMW of North America, Inc. v. Gore: Due Process Protection Against Excessive Punitive Damages Awards, nota 25. Disponível em: <<http://www.nesl.edu/lawrev/vol32/I/LAGROW.htm>>. Acesso em 29 de Jan. de 2019.

⁹⁶ ANDRADE, André Gustavo de. *Dano Moral e indenização Punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do Direito Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 179.

⁹⁷ Segundo Hobbes, há paixões que são contrárias à fundação da ordem pública, "as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes" (Hobbes, 2003, p. 143).

⁹⁸ *Ibid.*

fazer a restauração do prejuízo causado. A punição ao comportamento do indivíduo era mais importante do que reparar a vítima ou o dano que a mesma havia sofrido.⁹⁹

Mais tarde na Inglaterra se conseguiu a evolução do referido instituto para o que se aproxima da concepção do que é atualmente o *punitive damages*. No século XIII o Direito inglês trabalhou um dos primeiros exemplos onde foi aplicado da doutrina punitiva, com o Estatuto de Gloucester, de 1278, onde estava previsto a denominada *treble damages* aplicada a *action of waste*. Era uma espécie de indenização triplicada onde era concedida nos casos onde se envolvia recuperar a propriedade imobiliária danificada pelo inquilino ou mesmo pelo arrendatário. Porém foi somente em meados do século XVIII é que se teve início realmente a doutrina punitiva.¹⁰⁰

Os primeiros julgados que foram registrados no direito inglês, remetem a 1763, no julgamento que aconteceu no caso *Wikes v. Wood* e *Huckle v. Money*. Resumindo, o caso *Wilkes v. Wood* foi o caso onde John Wilkes fez uma proposta para a condenação através de *exemplary damages*¹⁰¹ contra o Mr. Wood, que era subsecretário do Estado Inglês, por causa de um mandado genérico que foi supervisionado pelo mesmo, o qual autorizava a prisão dos suspeitos de publicar um artigo anônimo que ofendia a reputação do Rei George III.

A casa de Wilkes foi invadida e revirada pelos mensageiros, porém não localizaram nenhuma prova concreta de que o autor havia participado da referida publicação. Wilkes, utilizou o argumento para ingressar com a ação foi de que não seria suficiente uma indenização de um valor baixo, para que impedisse a prática de condutas semelhantes.¹⁰²

O caso *Huckle v. Money* aconteceu por motivo semelhante ao outro caso. Houve um mandado genérico que acarretou a prisão de Huckle, sendo que o mesmo era um tipógrafo modesto da época. Na oportunidade foi estabelecido pelo júri, favorecendo o autor *punitive damages* no valor de trezentos libras, sendo este, pela época, considerado um valor alto.

Na apelação, o réu admitiu que era responsável pelos danos causados, porém sustenta que era excessiva a condenação, por causa do pouco período de tempo de confinamento e o

⁹⁹ ANDRADE, *op. cit.*, p. 180.

¹⁰⁰ ANDRADE, *op. cit.*, p. 181.

¹⁰¹ *Exemplary Damages* é na verdade outra forma de denominação dada ao instituto do *punitive damages*, com sua função voltada propriamente para a condenação exemplar, ou seja, buscando coibir atuações ilícitas semelhantes as que deram causa a indenização.

¹⁰² ANDRADE, *op. cit.*, p. 182.

civilizado tratamento que foi dado à vítima. Porém, o julgador Lord Camden, rejeitou a argumentação, relatando que se considerasse apenas o dano pessoal, vinte libras seria um valor suficiente, porém a condenação a título de *exemplary damages* que foi aplicada pelo júri era mais condizente com a atitude que teve a vítima, a qual possuiu sua intimidade violada pelo policial.¹⁰³

Os precedentes, portanto, foram muito determinantes para que se formasse a doutrina do *punitive damages*, estipulando um ponto de partida para que acontecesse a concreta aplicação da reparação punitiva, para poder punir ofensores se houvesse malícia, fraude, opressão, ou onde o ato ilícito praticado de forma ultrajante.

Os primeiros julgados que estabeleceram os *punitive damages*, aconteceram em jurisprudências norte americanas, algum tempo após dos ingleses. No ano de 1784, aconteceu o caso *Genay v. Norris*, onde a Corte levou em consideração que o autor fazia *jus* a *exemplary damages* pelo motivo do réu, após ter concordado efetuar a resolução de uma disputa por meio de um duelo com pistolas, chamou a vítima para beber para brindar a reconciliação, porém colocou uma substância nociva na bebida da vítima, a qual lhe ocasionou grande dor. Após, no ano de 1971, em *Coryell v. Colbough*, caracterizou-se *punitive damages* como uma função exemplar após ter sido descumprida uma promessa de casamento.¹⁰⁴

A Suprema Corte Americana no ano de 1851, constituiria princípio estabelecido no *common law* a imposição pelo júri de *exemplary damages*, *punitive damages* ou *vidictive damages* de modo que leva em consideração o grau da ofensa que o causador do dano praticou.

As verbas punitivas estavam relacionadas a sanção moral, em que se aplica uma punição para a conduta que foge ao padrão moralmente aceito pela sociedade. Isso foi usado em países que adotaram o sistema. Nesse sentido os *punitive damages* são atrelados a costumes de determinado tempo e, portanto, cada lugar apresenta suas peculiaridades jurídicas, isso faz com que, de antemão se conclua que ao analisar os *punitive damage*, não se pode

¹⁰³ ANDRADE, *op. cit.*, p.182.

¹⁰⁴ LAGROW, John Zenneth. **BMW of North America, Inc. v. Gore**: Due Process Protection Against Excessive Punitive Damages Awards, nota 25. Disponível em: <<http://www.nesl.edu/lawrev/vol32/I/LAGROW.htm>>. Acesso em 29 de Jan. de 2019.

simplesmente coletar um sistema de um país acreditando que ele se enquadrará nos outros. A próxima seção está voltada para um olhar sobre esse instituto nos Estados Unidos (EUA).¹⁰⁵

3.1 *PUNITIVE DAMAGES* E SUAS PECULIARIDADES JURÍDICAS NOS EUA

Os *punitive damages* foram vinculados a ideia de “dar o exemplo” e a teoria do desestímulo, isto porque ordenamento jurídico dos americanos verificam na punição um exemplo a ser combatido, sendo que ela promove o desestímulo a prática transgressora.

Nas punições a indenização se apresenta como compensatória (*compensatory damages*) e punitiva exemplar (*punitive damages*). A primeira está relacionada com a tentativa da justiça compensar a vítima, já a *punitive damages* possui caráter punitivo, que procura inibir práticas danosas abusivas.¹⁰⁶

É variável de estado para estado nos Estados Unidos, a situação onde se é possível aplicar o *punitive damages* e também quão reprovável tem que ser a conduta do agente causador do dano para que se justifique a referida espécie de indenização, além da própria problemática de fixar o *quantum* indenitário, principalmente no que diz respeito ao trato legal e também por consequência, na jurisprudência sobre o tema.¹⁰⁷

Então, nos Estados Unidos, em tese, não há possibilidade de existir legislação federal que estabeleça critérios universais de aplicação dos *punitive damages* no país todo. De quarenta e cinco dos cinquenta estados dos EUA admitem-se os *punitive damages*, em maior ou em menor número.¹⁰⁸

O *punitive damages* é o centro das grandes batalhas contemporâneas na área de responsabilidade civil americana, sob a *tort reform*.¹⁰⁹ Os valores que são estabelecidos nas indenizações nos casos de *punitive damages* vêm sendo objeto de controvérsias entre os opositores e partidários da *tort reform*. Uns sustentam que os valores indenizatórios estão sem

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ SPENSER, Stuart M.; KRAUSE, Charles F.; GANS, Alfred W. **The American Law of Torts**. St. Paul: West, 2009. v. 2A, p. 352.

controle, sendo isso por causa do excessivo poder discricionário entregue aos jurís e também aos jurados, que estão sem preparo para que consiga estabelecer os referidos valores.

Alguns estados da federação americana, convencidos do acerto desses argumentos, tem fixado limites para valorar os *punitive damages* e inclusive impondo requisitos para o recebimento do mesmo através da *tort reform*. Já em outras unidades da Federação o tema não possui disciplina normativa, então fica a cargo da Justiça a fixação do valor dos danos morais dos *punitive damages*.

Determinados Estados americanos não proíbem e nem fixam limites aos valores do *punitive damages* através das leis, deste modo, a decisão fica somente com o Poder Judiciário, respeitando somente a prova sobre o dolo, má-fé, fraude ou malícia do agente causador do dano.

Califórnia, traz em seu *Civil Code* (3.294, “a”):

Em uma ação fundada no descumprimento de obrigação não derivada de contrato, quando estiver comprovado por provas claras e convincentes que o réu atuou com opressão, fraude ou malícia, o autor, em adição à indenização reparatória, pode fazer jus a uma indenização que exerça a finalidade de exemplo e tenha o propósito de punir o réu.¹¹⁰

As unidades federativas onde ficam as três maiores cidades dos Estados Unidos, que são Nova York, Los Angeles e Chicago, não proíbem a fixação da indenização punitiva. Porém, muitos Estados tentam abolir o referido instituto ou mesmo estabelecer normas para os casos de aplicação dos *punitive damages* e também trazer limitações aos valores da indenização.

Dentre as cinquenta unidades federadas dos Estados Unidos da América, não admitem o *punitive damage* os Estados de Massachusetts, Louisiana, Nebraska e também em Washington.¹¹¹

A regra punitiva ganhou várias ramificações nos estados em que podia ser aplicada, foi então se adaptando aos casos que aconteciam no dia a dia, elevando ainda mais a indenização.

¹¹⁰ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 189.

¹¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Punitive damages em sistemas civilistas**: problemas e perspectivas. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 18, p. 57, abr./jun. 2004.

Fabio Ulhoa Coelho¹¹² cita que o *modus operandi* unifica a pena civil que é revertida parcialmente à vítima, sendo que o objetivo do mesmo é poder sancionar condutas que são específicas e reprováveis.

Sobre o conceito, afirma Anderson Screiber:

Na esteira do exemplo norte-americano, vêm fazendo estrada, em todo o mundo, os chamados *punitive damages*, isto é, a indenização adicional assegurada à vítima com a finalidade de punir o ofensor; e não simplesmente de compensar os danos sofridos.¹¹³

Em *punitive damages*, existe a possibilidade de condenação, porém isso somente pode acontecer em casos específicos, onde se leva em consideração a conduta do autor do delito, esta precisa ter ultrapassado os limites que são considerados toleráveis ao comportamento que é esperado. Existem alguns casos onde o *punitive damages* não pode acontecer, como a culpa simples, o engano e a ignorância.

Sobre a possibilidade de se aplicar o *punitive damages*, André Gustavo Corrêa de Andrade:

Os *punitive damages* constituem uma soma de valor variável, estabelecida em separado dos *compensatory damages*, quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão. Se a conduta do Agente, embora culposa, não é especialmente reprovável, a imposição dos *punitive damages* mostra-se imprópria. Por conseguinte, segundo linda Schlueter e Keneth Redden, ficam de fora no âmbito dos *punitive damages*, as condutas lesivas decorrentes da ignorância (*ignorance*), culpa simples (*mere negligence*) ou engano (*mistake*).¹¹⁴

No sistema jurídico americano (*Common Law*) cabe ao júri competência para que se fixe a indenização no *punitive damages*, sendo que o mesmo possui liberdade dentro de alguns parâmetros para que seja definido o *quantum* sancionatório da indenização, considerando a sua própria convicção de adequado e demonstrando também a importância que se confia ao grupo de jurados.

¹¹² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 33.

¹¹³ SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 22, p. 45-69, abr./jun. 2005a.

¹¹⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a>. Acesso em: 28 Jan. 2019.

A Suprema Corte Americana, com o objetivo de conseguir a prevenção das indenizações destoantes e condenações que ultrapassam o que era cabido, estabelece parâmetros que se referem ao quantitativo indenizável.

Dentre os parâmetros se analisa a reprovabilidade da conduta, casos que possuem critérios específicos, a comparação das multas civis e a determinação do júri, sendo assim, também a desproporção entre o dano ou o potencial do mesmo e o valor que foi feita a condenação a título de *punitives damages*.

Sobre o referido assunto, afirma Judith Martins Costa e Mariana Souza Pargendler:

A Suprema Corte houve por bem instituir as demais Cortes estaduais a considerar três diretrizes na fixação dos *punitive damages* para todos os casos futuros, a saber: I. O grau de reprovabilidade da conduta do réu (*the degree of reprehensibility of the defendant's misconduct*). Para aferir quão repreensível é a conduta, é importante, segundo a Corte, atentar-se aos seguintes fatores: (1) se o prejuízo causado foi físico ou meramente econômico; (2) se o ato ilícito foi praticado com indiferença ou total desconsideração com a saúde ou a segurança dos outros (*the tortious conduct evinced an indifference to all a reckless disregard of the health or safety of others*); (3) se o alvo da conduta é uma pessoa com vulnerabilidade financeira; (4) se a conduta envolveu ações repetidas ou foi incidente isolado; (5) se o prejuízo foi o resultado de uma ação intencional ou fraudulenta, ou foi um mero acidente; II. A disparidade entre o dano efetivo ou potencial sofrido pelo autor e os *punitive damages*; III. A diferença entre os *punitive damages* concedidos pelo júri e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes.¹¹⁵

Os *punitive damages* teve sua aplicação quase que totalmente expandida para a responsabilidade civil, ganhando destaque em outras áreas como erro médico, honra, fraude, acidentes de trânsito, dentre outras.

As verbas punitivas ganharam forma robusta em solo americano. Os Estados Unidos foi o palco de desenvolvimento do instituto dos *Punitive Damages*, de jeito mais moderno e complexo, onde altas indenizações trazem polêmicas e também várias discussões.

Em solo americano os *punitive damages* buscam equilibrar as relações civis, mas mesmo possuindo grande área de atuação, encontram dificuldades, pois permite-se diversas interpretações, como a não aplicabilidade dos *punitive damages* quando presente as

¹¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: *Punitive damages* e o Direito brasileiro. **REVISTA CEJ**, América do Norte, n. 28, p. 15-32, jan./mar, 2005.

excludentes, e também a defesa da tese de que as excludentes não se aplicam em casos de *punitive damages*.

O referido instituto é bem complexo, possuindo muitos benefícios, porém ainda existem alguns empecilhos os quais são capazes de apagar as vantagens do mesmo, causando desequilíbrios que podem ser notados na responsabilidade civil. Sendo assim, faz-se necessário conhecer alguns casos conhecidos.

3.2. DECISÕES EXEMPLIFICATIVAS DE *PUNITIVE* E *EXEMPLARY DAMAGES*

3.2.1 Caso Paradigma (Stella Liebeck Vs Mcdonald's)

Stella Liebeck, uma senhora de 79 anos, estava junto com seu neto Christopher Tiano, sentada em um banco do passageiro de seu carro, quando então decidiram parar no *drive-thru* de uma loja do McDonald's em Albuquerque, Novo México, nos Estados Unidos da América, para comprar um copo de café.

Logo depois da compra seu neto parou no estacionamento do local para que a Stella pudesse colocar açúcar e creme em seu café. Stella, com o objetivo de deixar as mãos livres para conseguir abrir as embalagens, colocou o copo de isopor entre as suas pernas. Mas, ao tentar retirar a tampa do café, acidentalmente derramou o líquido quente em suas pernas.

O resultado foi terrível, ocasionando queimaduras de segundo e terceiro graus na região interna das coxas, virilha, períneo e nádegas. Stella ficou internada em um hospital por uma semana e teve que ficar em tratamento em casa por mais três semanas, pois os estragos feitos pelo café quente ocasionaram danos extremos em sua pele, ficando cicatrizes permanentes. Stella chegou a perder vinte por cento do seu peso, sendo que pesava 51,2 kg para somente 37,6 kg.

Stella se encontrou com um advogado conhecido por já ter ingressado judicialmente contra o McDonald's, denominado de Reed Morgan. O referido advogado já teria feito um acordo com a empresa em um caso parecido, onde uma senhora obtivera queimaduras de terceiro grau em sua pele pelo café.

O advogado veio a medir a temperatura de 18 estabelecimentos parecidos e 20 lojas do McDonald's, onde as lojas do McDonald's ficaram com nove das doze temperaturas maiores, fazendo com que Reed acreditasse que a temperatura servida era muito quente e também era prejudicial às pessoas.

Foi enviada por Stella uma carta ao McDonald's que informou o seu problema com a temperatura do café e todos os danos que o mesmo havia lhe ocasionado, propondo assim um acordo, o qual não era de danos morais e nem de indenizações punitivas, mas somente um valor para que conseguisse cobrir suas despesas médicas, o valor de onze mil dólares na época. O acordo não foi aceito, sendo assim o McDonald's ofereceu o valor de oitocentos dólares.

No final de todo o tratamento médico-hospitalar e também domiciliar, as despesas de Stella chegavam a vinte mil dólares, portanto, a mesma resolveu acionar judicialmente a empresa.

No dia em 12 de março de 1993, Stella pediu indenização por danos patrimoniais e extrapatrimoniais no valor de cem mil dólares, e o triplo desse valor a título de *punitive damages*.

Após, várias tentativas de mediação e conciliação, Stella já estava disposta a aceitar o valor de cento e cinquenta mil dólares para que fosse encerrado o processo, mas a empresa ré recusou a oferta. Portanto, foi ao júri o caso.

Juntou-se ao processo um documento com o nome de “*McDonald's – Operations and Training*”, um manual de controle de qualidade onde era determinado que o café sempre devesse estar na temperatura de 180° F a 190° F, média de 30° F mais quente do que a média do mercado.

Se for à realidade brasileira, utilizando a medida Celsius, a média do café servido teria que estar entre 82,2° C e 87,7° C. Médicos afirmaram, em relatos juntados ao processo, que líquidos nessa temperatura podem vir a causar queimaduras de terceiro grau em apenas 2 a 7 segundos.

A pior parte da situação é que a empresa McDonald's possuía conhecimento completo de seu café estava sendo servido demasiadamente quente, em uma temperatura que pode causar queimaduras.

Segundo o depoimento do gerente de segurança, denominado de Christopher D. Appleton, confirmou-se que a empresa sabia da periculosidade do café, porém possuía interesse ou mesmo planos para que diminuir a temperatura ou mesmo efetuar essa informação dos riscos aos consumidores.

O advogado da Stella conseguiu efetuar a comprovação que a empresa recebera mais de 700 ações de pessoas feridas em circunstâncias parecidas, onde o McDonald's teve que pagar média de quinhentos mil dólares em acordos, cerca de 714,28 dólares por pessoas, por isso ofereceu a Stella a quantia de oitocentos dólares para custear as despesas.

No dia 18 de agosto de 1994, seis mulheres e homens que decidiram por arbitrar a indenização em cento e sessenta mil dólares, sendo que desde valor já havia sido reduzido media de 20 por cento pelo fato da autora ter contribuído para o acontecimento do dano.

Como restou comprovado que o McDonald's possuía conhecimento dos fatos e não tinha feito nada, considerou-se tal comportamento como temerário e também negligente, culminando assim para uma indenização em *punitive damages*, o que fora arbitrado no valor de dois milhões e setecentos mil dólares, o que posteriormente foi reduzido para quatrocentos e oitenta mil dólares, pelo Juiz Robert H. Scott.

O valor sofreu redução pelo fato de que possui teto para condenações o Estado de Novo México. Porém, no dia seguinte após a condenação, McDonald's reduziu a temperatura do café para 158° F.

Logo depois, designou-se a audiência pra que se tentasse outro acordo e, diferente das outras tentativas, esta teve proveito. Porém, os termos acordados foram mantidos em segredo, pois o acordo possuía uma cláusula de confidencialidade, sendo que a ação foi extinta em 28 de novembro de 1994.¹¹⁶

¹¹⁶ A narrativa do caso foi retirada do artigo de BEDÊ, Rodigo. **A verdade sobre o caso do café do McDonald's**. Disponível em: < <https://rodrigobede.jusbrasil.com.br/artigos/489040764/a-verdade-sobre-o-caso-do-cafe-do-mcdonald-s>>. Acesso em 14 fev. 2019.

Nesse caso, a Stella ficou um valor razoável, sendo que a maior parte da indenização foi para uma instituição que atendia vítimas de queimaduras de café, para que assim não pudesse ser caracterizado o caso de enriquecimento sem causa.

3.2.2 Caso Paradigma 2 (*State Farm Mutual Automobile Insurance V. Campbell*)

A Suprema Corte Americana, no ano de 2003, posicionou-se sobre os pressupostos que eram necessários para que fosse aplicada a indenização punitiva, sendo especificados os requisitos que os tribunais deveriam observar se estão presentes em cada caso concreto para que seja imposto o *punitive damages*, isto ocorre verificando o caso *State Farm Mutual Automobile Insurance v. Campbell*.¹¹⁷

O caso tratou de uma ação que foi ajuizada pelos *Campbell*, um casal, ao ser praticado ilícitos contratuais por parte da seguradora *State Farm Mutual* contra os autores e um dos segurados, após não pagarem devidamente as indenizações.

O valor da condenação, em primeira instância, foi de dois milhões e seiscentos mil dólares por indenização compensatória e de cento e quarenta e cinco milhões de dólares por indenização punitiva. O Tribunal de Apelação reduziu o valor da indenização compensatória para um milhão de dólares e da punitiva para vinte e cinco milhões.

Foi avaliada a indenização punitiva pela Corte de Utah, tendo o objetivo de conseguir desestimular os comportamentos que não haviam qualquer nexo de causalidade com os danos sofridos pela parte em julgamento. O entendimento foi que a seguradora deveria ser julgada e condenada, baseando nas ações que fizeram unicamente às vítimas do referido processo e não por outros fatos que os jurados consideravam desagradáveis. Baseando nas referidas premissas, a decisão de efetuar a condenação da *State Farm Mutual* a pagar a indenização punitiva.

Nesse caso, portanto, o tribunal americano, efetuou a indicação de novos critérios para que fosse uniformizado o exame sobre a determinação do grau de repreensão da conduta do réu, gerando a possibilidade de indenização punitiva.

¹¹⁷ A narrativa do caso foi retirada da obra de ANDRADE, André Gustavo de. **Dano Moral e indenização punitiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 201-203.

Diante dos casos acima, seria possível aplicar este sistema dos *punitive damages* no Brasil? O próximo capítulo tratará da visão deste instituto por parte dos juristas brasileiros.

4. OS *PUNITIVE DAMAGES* NO BRASIL – UMA EXPOSIÇÃO OBSERVANDO OS MOTIVOS DA NÃO APLICABILIDADE DO SISTEMA AMERICANO

O instituto dos *punitive damages* é defendido como um método saudável para que sejam desencorajados os atos reprováveis e também visto como um “remédio” parcial para permitir a compensação das despesas de litígio que a vítima gasta, incluindo honorários advocatícios.

Esses argumentos dentre outros motivos são defendidos por alguns pesquisadores para se adotar os *punitive damages* no Brasil, mas eles seriam facilmente recepcionados pela justiça brasileira? Este capítulo aborda justamente essa questão e ressalta que não há possibilidade de implementar os *punitive damages* no Brasil.

Os *punitive damages*, segundo Maria Celina Boldin de Moraes¹¹⁸, mesmo que não sejam adotados pelo legislador ordinário, possuem vários adeptos no Brasil, tanto na jurisprudência quanto na doutrina. Sobre o assunto ela afirma:

A teoria da pena privada foi defendida, em meados do século XX, por Boris STARCK, em tese na qual procurava demonstrar que a *hostilité universelle* para com tal doutrina era gratuita e injustificada. Esta teoria havia sido sustentada, na França do início do século, por Louis HUGUENEY, e jazia completamente esquecida, praticamente sem adeptos, até que STARCK, particularmente influenciado pelo fundamento do risco e desejoso de oferecer, através da noção de garantia, uma nova sistematização à responsabilidade civil, atribuiu à faute (e ao dolo, bem entendido) a consequência da pena privada.¹¹⁹

Schreiber, confirma o parágrafo acima e explica que deveria se adotar o exemplo norte-americano, porque a indenização adicional assegurada à vítima deve possuir a finalidade de punir o ofensor, e “não simplesmente de compensar os danos sofridos”.¹²⁰

Celina Bodin de Moraes completa que o instituto erroneamente denominado danos punitivos foi por várias vezes recusadas pelo legislador nacional.¹²¹ Isso se deu pelo motivo de ausência normativa, já que o juiz no momento da sua apreciação da situação em concreto,

¹¹⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009b, p.219.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 220.

¹²⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013b, p. 212.

¹²¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas**. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 18, p. 48, abr./jun. 2004.

possui plena discricionarietà para poder deliberar a punição, agindo a genérica permissão do Código Civil como sendo um cheque em branco. Sobre o assunto, afirma a referida autora:

Na verdade, a solução que se apresenta mais condizente com o instituto da pena privada, ou do caráter punitivo, na responsabilidade civil é normatizar as fattispécie merecedoras, do ponto de vista do legislador democrático, de aplicação da pena pecuniária. A questão é, evidentemente, [...] de política legislativa [...]. A solução que se avizinha, no entanto, através da inserção no novo Código Civil [...] de uma genérica autorização ao juiz para acréscimo de parcela punitiva, determinando-se que a reparação do dano moral deve constituir também “adequado desestímulo ao lesante” (parágrafo 2º do artigo 944 do Código de 2002), não é, à evidência, nem razoável, nem suficiente. Não se indicando claramente os critérios a serem levados em conta, a autorização se configura praticamente como um “cheque em branco”. O magistrado continua liberado, agora expressamente, para punir como (*rectius*, quanto) quiser, e o lesante continua passível de sofrer uma penalidade exemplar.¹²²

O dano, no direito brasileiro, é um elemento que é indispensável à responsabilidade civil. Lembrando a abordagem do capítulo anterior, ele foi herdado pelo sistema francês, o qual foi a inspiração para a codificação brasileira de 1916, sendo que o Código Civil de 1916 limitava a mencionar o mesmo apenas como sendo um elemento do ato ilícito, conforme constava em seu artigo 159, *in verbis*:

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

O parágrafo acima é taxativo, o sistema normativo brasileiro não se baseia na punição e sim na reparação. Não está autorizado, no Superior Tribunal de Justiça, o uso aberto da expressão *punitive damages*:

A aplicação irrestrita das “*punitive damages*” encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente no art. 884 do Código Civil de 2002. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito (Ag 850273/BA).

A prudência também é ponto central quando se aborda a questão do enriquecimento. Giovanni Ettore Nanni, traz a arguição de que as quantias que são impostas nas indenizações punitivas podem servir como elemento de enriquecimento ilícito, já que “assim procedendo,

¹²² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009b, p. 227

estar-se-ia concedendo uma indenização superior ao dano efetivo, o que, em princípio, configuraria um enriquecimento sem causa”.¹²³

Contra isso alguns juristas conseguem ver na indenização por danos morais um aspecto dos *punitive damages*. Para Wilson Melo da Silva, o quantum indenizatório apresenta um aspecto iniludível de pena.¹²⁴ Já Sérgio Cavalieri Filho afirma que “A indenização punitiva do dano moral surge como reflexo da mudança de paradigma da responsabilidade civil e atende a dois objetivos bem definidos: a prevenção (através da dissuasão) e a punição (no sentido de retribuição)”.¹²⁵

Judith Martins Costa e Mariana Souza Pargendler também são favoráveis a indenização punitiva, pois afirmam que os instrumentos que são colocados a disposição pelo sistema jurídico nacional, sendo suficientes para fixar a quantia favorecendo a vítima, com exceção de que devem ser respeitadas algumas condições, como a prática de um ilícito pelo agente que tenha dolo ou até mesmo culpa grosseira.

O assunto apesar de pacificado junto aos Tribunais, que o dano moral, principalmente quando se trata de indenização por danos morais, não se presta a punir, vem enfrentando resistência por parte de pesquisadores, mas um exemplo claro é o de morte, irreversível por natureza. Na impossibilidade de restituição do *status quo ante*, não a fixação de indenização é o momento em que responsabilidade civil busca reparar, de forma compensatória uma perda que não pode ser avaliada.¹²⁶

Sabe-se, como dito anteriormente, que a indenização não se presta a punir. Ainda que o caráter punitivo venha sendo utilizado insistentemente no Direito Civil Brasileiro, numa estratégia de se elevar as indenizações por danos morais, o próprio conceito de danos punitivos deixa claro que eles são as “punições que o direito anglo-saxão impõe ao causador de um dano. Não precisa ser este dano, necessariamente moral. O seu fundamento não é outro senão, como diz o próprio nome, servir de punição ao ofensor”.¹²⁷

¹²³ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 358.

¹²⁴ SILVA, Wilson Melo da. **Da responsabilidade civil automobilística**. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 372.

¹²⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 99.

¹²⁶ MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa, **O dano da morte como dano reflexo - E sua reparação civil. Ensaios sobre responsabilidade civil na pós-modernidade**. São Paulo: Magister, 2009.

¹²⁷ SOUZA, Adriano Stanley Rocha. **Danos morais ou expert money?**. In: SOUZA, Adriano Stanley Rocha (coord.). **Reflexões acadêmicas: o dano moral como enriquecimento sem causa ou tutela de direitos de personalidade**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2017.p.5.

Como os *punitive damages* vieram do Direito norte-americano, lugar que é comum ocorrer sentenças de caráter dúplice – civil e penal, o” sistema jurídico norte-americano admite algo absolutamente impensável para o nosso sistema: conjugar em uma mesma sentença, uma condenação de caráter civil (reparação) e uma condenação de caráter penal (punição)”.

Concordando com o autor citado acima, Maria Celina Bodin de Moraes afirma que:

[...] há danos que são passíveis de indenização em determinados países e não o são em outros, embora se trate de sistemas jurídicos da mesma família e muito semelhantes entre si. É o que ocorre, por exemplo, com o chamado “dano da morte” ou “dano à perda da vida”, em relação ao qual não há, entre nós, qualquer compensação [...]. Uma dessas funções é de ser reconhecida aos distintivos “punitivo”, “exemplar” ou “punitivo-pedagógico”, que, como é notório, têm pairado na motivação das sentenças e dos acórdãos referentes à indenização por dano moral. É de se ressaltar que estas funções decorrem, unicamente, da construção jurisprudencial acerca da matéria, sem embasamento normativo específico. [...] Além disso, em sistemas como o nosso, reconhecer a existência de um caráter punitivo representaria uma importante exceção ao princípio da equivalência entre dano e reparação. [...] A função punitiva na reparação do dano moral, todavia, insere-se numa problemática mais específica e tortuosa: a da avaliação e liquidação do dano moral. [...] Não se considera, comumente, que seja atribuível ao Direito Civil uma função punitiva, pertinente apenas ao Direito Penal.¹²⁸

Perante o exposto acima, verifica-se que o caráter da indenização por danos morais pode ser interpretado pelos operadores do direito de forma errada quando os mesmos se esquecem dos fundamentos da doutrina. Quando isso ocorre, os institutos passam a sere utilizados de forma equivocada, ultrapassando os limites do Direito Civil Brasileiro. Nesse sentido:

Alguns doutrinadores, surpreendentemente, concordam com as justificativas jurisprudenciais, fortalecendo assim a popularmente chamada “Indústria do Dano Moral”. Se ao Direito Penal foi dada a função punitiva, o Direito Civil deve apenas se preocupar com questões não-penais. Entretanto, o que se observa, é que muitas ações por dano moral reflexo à morte, assumem o caráter de verdadeiras vinganças, com nítida pretensão punitiva, sem embasamento legal pátrio para tanto. Destarte, a importação equivocada de institutos do Direito Americano, sendo incorporados sem qualquer cuidado ao Direito Pátrio, e a aceitação por parte da doutrina, que se cala e muitas vezes concorda com as justificativas apresentadas para embasar as condenações no âmbito civil pelos Tribunais, notadamente no que se refere ao dano moral, trazem muita instabilidade à sociedade. O que se pretende na academia, é a construção de teorias que serão aplicadas na prática. Entretanto, o que se vê atualmente, é uma inversão total, em que a prática, muitas vezes equivocada, substitui a teoria, criando “anomalias jurídicas”, jogando por terra, doutrina e legislação.¹²⁹

¹²⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Ora, a indenização punitiva é um dos institutos que traz o melhor exemplo das perigosas consequências da adoção dos *punitives damages*, porque as decisões dos tribunais poderiam levar os causadores de um evento danoso à ruína, com valores acima dos previstos pela ideia de reparação.

Na década de 90, a questão quanto ao montante ganhou destaque nos Estados Unidos, quanto aos valores milionários das indenizações punitivas, pois as mesmas começaram a serem objetos de crítica. Sobre o assunto afirma Andrade:

A preocupação com os montantes indenizatórios e com a definição das situações em que seja cabível a imposição dos *punitive damages* tem levado vários estados americanos a estabelecer medidas restritivas ou regulatórias. Assim, por exemplo, muitos estados exigem, para a imposição da indenização punitiva, a apresentação, pelo autor, de prova clara e convincente (*clear and convincing proof*) dos comportamentos que ensejam essa espécie de indenização. Outros adotaram um julgamento bifurcado (*bifurcated trial*), para que o júri primeiro estabeleça a responsabilidade do réu e fixe a indenização compensatória, determinando, somente depois, se ao réu deve ser imposta indenização punitiva. Alguns estados estabelecem que uma parte do montante fixado a título de *punitive damages* seja destinada a um fundo estadual.¹³⁰

A referida preocupação passou a ser externa aos galpões das grandes empresas. Parte, pela notoriedade que alguns casos de indenizações milionárias tomaram, portanto, vários estados norte-americanos introduziram limites superiores de vários tipos às indenizações, como um teto absoluto ou uma razão máxima de indenizações punitivas em relação às compensatórias, ou ambos.

As soluções que os estados norte-americanos tomaram, na esfera econômica, receberam várias críticas da doutrina, pois analisando economicamente, a própria concepção do papel das indenizações punitivas não poderia ser receber essa fixação. Polinsky e Shavell, dizem que:

Tais limites não podem ser justificados com base na dissuasão porque eles podem eliminar o valor adequado da indenização punitiva. Por exemplo, suponha que o prejuízo causado por um agente seja de \$ 100.000 e que ele tenha a probabilidade de ser responsabilizado de apenas um décimo. O nível ótimo de indenização punitiva é

¹²⁹ MELLO, Roberta Salvático Vaz de; GODINHO, Jéssica Rodrigues. DANO MORAL REFLEXO À MORTE E INDENIZAÇÃO. **EM TEMPO** - Marília - v. 17 – 2018.p.224.

¹³⁰ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral & Indenização Punitiva**: Os *punitive damages* na experiência do Common Law e na perspectiva do Direito Brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 199.

portanto \$ 900.000, ou nove vezes a indenização compensatória (porque o nível ótimo da indenização, incluindo a parte compensatória, é de dez vezes o prejuízo). Esse valor absoluto e essa razão excederiam os tetos às compensações punitivas na maioria dos estados que os têm, e, no entanto, sob circunstâncias postuladas, uma indenização punitiva desta grandeza e uma razão entre as partes punitiva e compensatória com este valor são necessárias para uma dissuasão adequada. A nossa crítica dos limites superiores não é feita no intuito de negar que, se as concessões de indenizações punitivas pelos tribunais são consideradas sistematicamente excessivas, estes tetos impostos poderiam reduzir beneficemente os excessos. Mas sim para apontar que na ausência de um viés sistemático, os limites são inapropriados.¹³¹

Observando tanto os argumentos críticos das indenizações milionárias quanto a dos que tratam do teto apresentam problemas para a ordem social. No Brasil isto não seria aplicável não somente por ser um ordenamento jurídico que se baseia na reparação dos danos, como já explicado, mas também porque existem as ações civis públicas, que estabelecem o pagamento de milhões (quando se verifica a prática abusiva) em favor dos Fundos coletivos de defesa dos interesses difusos e coletivos. Esta é a previsão legal brasileira a que melhor se equivale ao sistema americano.¹³² Isso será abordado na próxima seção.

4.1 AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Sabe-se que no Ministério Público (MP) representa o Estado, fazendo valer os direitos de indivíduos juridicamente incapazes. Ele atua recorrendo ao Poder Judiciário em nome do Estado com o objetivo de se fazer valer a legislação. Isso se dá porque o MP busca restaurar a ordem jurídica violada, baseando-se principalmente na ideia de equilíbrio jurídico¹³³.

Através da ação civil pública, o MP não somente defende a legislação, mas integra o conjunto das ações codificadas no direito brasileiro. Grinover acrescenta que a Lei no 7347/85 determinou a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Visando à proteção dos direitos transindividuais, a lei determina que as sentenças judiciais obriguem o réu a reparar o dano causado, chegando até mesmo, em determinados

¹³¹ TIMM, Luciano Benetti; MORAES, Livia. **Danos Punitivos** (punitive damages): uma análise econômica. Revista de Direito Empresarial. p. 155. Julho/Dezembro 2008.

¹³² MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

¹³³ GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). (1984), **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo, Max Limonad.

casos, na suspensão das atividades, caso elas violem direitos coletivos ou que estejam pondo-os em risco.¹³⁴

Ainda que as sentenças em maioria incluam a condenações em dinheiro, o entendimento a jurisprudência e doutrina ressaltam a obrigação de reparação concreta e imediata do dano causado. Condenações em dinheiro, conforme a Lei no 7347/85 são importantes porque coletam fundos para o qual serão revertidas as indenizações, seus recursos então são destinados à reconstituição do que foi lesado.

Perante o exposto, para que serviria, então, as ações civis públicas que estabelecem o pagamento de milhões (quando se verifica a prática abusiva) em favor dos Fundos coletivos de defesa dos interesses difusos e coletivos? A resposta é que a ação civil pública é a previsão legal brasileira a que melhor se equivale ao sistema americano.

A ação civil pública é importante porque justamente uma das características dos direitos difusos e coletivos é sua indivisibilidade. As ações movidas contra empresas em nome de toda a coletividade revertem-se em benefícios para todos de forma equitativa. Por isso existem fundos a serem geridos pelo Conselho Federal e Conselhos Estaduais.

Os fundos responsabilizados pela aplicação desses recursos na reparação dos danos. Ressalta-se que toda ação civil pública pode ser movida também por estados e municípios, autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista.

A ação civil pública vai além de uma simples punição, mas ela tem uma função pedagógica de proteção ao meio ambiente, ao consumidor, patrimônio histórico e cultural (art. 5). Resultado de uma democratização das leis de defesa dos interesses coletivos por agentes públicos estatais e da sociedade civil. Seu caráter pedagógico produz também efeitos preventivos, já que pode suspender atividades para evitar dano irreparável à parte (art. 14).

¹³⁴ SOUZA, Michelle Amorim Sancho. **A concretização da dignidade coletiva por meio do dano moral coletivo**. In: Sapiëntia - Revista de Direito do Centro Universitário Estácio de Sá de Belo Horizonte. vol. 2, nº. 2, Belo Horizonte, 2014.

Durante muitos anos, os danos punitivos tiveram sua tese defendida, com a aplicação de indenização com grandes somas contra empresas grandes e multinacionais. Sobre os *punitive damages* afirma Martins-Costa e Pargendler:

Também chamado de *exemplary damages*, *vindictive damages* ou *smart money*, consistem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (*punishment*) e prevenção pela exemplaridade da punição (*deterrence*) opondo-se – nesse aspecto funcional – aos *compensatory damages*, que consistem no montante da indenização compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo.¹³⁵

4.2 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Uma outra questão adotada como motivo para se refutar os *punitive damages* no Brasil, é pelo fato de que não se pode enriquecer injustificavelmente no país, mas nos EUA também não.

O princípio da vedação do enriquecimento sem causa já existia no Brasil mesmo antes do Código Civil de 2002, e também já era aplicado, porém o referido Código passou a disciplinar o instituto expressamente. Sobre o assunto, descreve Sílvio de Salvo Venosa que, “Fixemos de plano, que mesmo nas legislações como a nossa, nunca foram negados os princípios do enriquecimento injustificado, quer pelo que se denota em artigos e disposições esparsas, quer pelo trabalho jurisprudencial”.

O referido trecho possui origem no princípio da dignidade da pessoa humana e também no princípio geral de justiça, o qual atende o objetivo de conseguir a construção de uma sociedade justa, conforme consta na Constituição Federal em seu artigo 3º, com o objetivo de que seja preservada a equidade e a boa-fé.

Alguns autores indicam que existem controvérsias no Supremo Tribunal Federal sobre o enriquecimento sem causa constituir a configuração ou não um princípio constitucional implícito. Entre eles destaca-se Gustavo Tepedino *et al*:

Nas últimas décadas, multiplicaram-se em nossos tribunais acórdãos invocando a vedação ao enriquecimento sem causa como embasamento para suas decisões: STJ,

¹³⁵ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. “Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro)”. In: **Revista CEJ**. n. 28, p. 15-32, jan./mar. Brasília, 2005, p. 17.

3ª T., REsp. 64.352, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julg. 26.09.1995, publ. DJ 04.12.1995; STJ, 4ª T. Resp. 132.717, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 05.10.1999, publ. DJ 13.03.2000; TRF-1ª R., 4ª T., Ap. Cív. 01119980, TRF-2ª R., 1ª T., Ap. Cív. 9002008759, Rel. Juíza Lana Regueira, j. 15.03.1993, publ. DJ 01.06.1993.

A decisão que causou maior controvérsia foi aquela que alçou o princípio ao nível constitucional: 'Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços – crédito – correção – princípio da não cumulatividade. Homenageia o princípio da não cumulatividade decisão no sentido de considerar-se os créditos pelo valor devidamente corrigido, isso em face da passagem do tempo até a vinda à baila de definição de legitimidade respectiva por ato da Fazenda do Estado. Descabe falar, na espécie, de transgressão ao princípio da legalidade. O alcance respectivo há de ser perquirido considerada a garantia constitucional implícita vedadora do enriquecimento sem causa'. (STF, 2ª T., Ag. Reg. Em Ag. Instr. Nº 182458, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 04.03.1997, publ. DJ 16.05.1997)

Não é pacífico, no entanto, no STF, o entendimento de que a vedação ao enriquecimento sem causa seja garantia constitucional implícita. Há julgados do mesmo Tribunal que rejeitam a tese de enriquecimento sem causa em nível de recurso extraordinário por entender que não se trata de matéria constitucional. (STF, 1ª T., Ag. Em RE nº 239.552, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 31.08.2004 publ. DJ 17.09.2004; STF, 1ª T., Ag. Reg. Em Ag. Instr. Nº 122.894, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 11.12.1997, publ. DJ 08.04.1998).¹³⁶

Após ter sido incluso expressamente no Código Civil de 2002, o princípio do enriquecimento sem causa, passou a ser norma positivada, porém pelas suas peculiaridades, possui a continuidade para representar a categoria de princípio geral de direito civil. Sobre o assunto, descreve Diogo Leite de Campos:

O princípio que proíbe o locupletamento injusto à causa de outrem é um dos mais gerais do sistema jurídico. O problema da compensação do locupletamento à custa alheia é um aspecto da noção de direito, entendido como ordem justa, uma das suas manifestações. Impedir o enriquecimento injusto constitui uma das finalidades gerais do Direito das Obrigações, que, no seu conjunto, tende a obter uma equilibrada distribuição dos bens jurídicos nas relações inter-sociais.¹³⁷

O enriquecimento sem causa possui a natureza de princípio informador de todo o direito das obrigações e também é considerado uma cláusula geral que se encontra previsto no Código Civil. Posiciona-se sobre o assunto, Luiz Edson Fachin e Giovanni Ettore Nanni, conforme abaixo:

O enriquecimento sem causa implica, como sustenta Luiz Edson Fachin, uma base informativa do direito obrigacional. Essa circunstância, segundo prossegue os autos, resulta em comportamentos jurídicos valorados, que são abarcados e ligados às chamadas cláusulas gerais, cuja finalidade é trazer para o fenômeno jurídico aquilo que foi denominado válvula para exigências ético-sociais.

¹³⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 752.

¹³⁷ CAMPOS, Diego Leite de. **Enriquecimento sem causa, responsabilidade civil e nulidade**. RT, São Paulo: Ed. RT, vol. 560, jun. 1982, p. 260.

O artigo 884 do Código Civil brasileiro pode ser considerado uma cláusula geral, da mesma forma como, segundo Luís de Menezes Leitão, o artigo 473 do Código Civil português e, consoante Enrico Moscati, o artigo 2041 do Código Civil italiano. E, nessa ordem de ideias, não se pode olvidar que a Comissão elaboradora do Código Civil levou justamente em conta essa metodologia, preferindo a utilização de modelos jurídicos abertos.¹³⁸

Houve a pretensão, com o Código Civil, de dar uma abertura maior ao sistema, com o objetivo de que o julgador consiga ter base para efetivas respostas que são exigidas pelos conflitos sociais. Para que isso ocorresse, o legislador civil utilizou as denominadas “cláusulas gerais” e “conceitos legais indeterminados”.

As cláusulas gerais acontecem por serem decorrentes de sua abertura semântica, atuando como metanormas e concedem aos julgadores subsídios éticos e sociais para que se solucionem ao caso que lhe é submetido. Também podem ser encontrados a solução em casos concretos por via de jurisprudência e não estritamente legal.

Pode ser definida, a cláusula geral, como sendo uma norma orientadora, a qual é utilizada para que o operador de direito utilize como diretriz para entender e solucionar um caso concreto.

Já os conceitos legais indeterminados segundo Nery Junior¹³⁹ “são palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos, e por isso mesmo esse conceito é abstrato e lacunoso”.

Sobre o assunto, destaca Teresa Arruda Alvim Wambier:

Cláusulas gerais são normas em que vêm explicitados princípios jurídicos e que tem por função dar ao Código Civil aptidão para acolher (=passar a abranger) hipóteses que a experiência social ininterruptamente cria e que demandam disciplina. Assim, estas cláusulas, pode-se dizer, têm um potencial de abrangência infinitamente maior do que as regras jurídicas de estrutura tradicional, mais minuciosas e que contém em si mesmas descrita sua hipótese de incidência. Às vezes, a lei se serve de conceitos preciosos (por exemplo: um ano) e, por outras vezes, cada vez mais frequentemente, de conceitos que linguisticamente têm sido chamados de conceitos vagos ou indeterminados (por exemplo, união estável, bom pai de família, interesse público etc.).¹⁴⁰

¹³⁸ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 168.

¹³⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Contratos no Código Civil** – Apontamentos gerais. In O novo Código Civil: Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale / Ives Gandra da Silva Martins Filho, Gilmar Ferreira Mendes, Domingos Franciulli Neto, coordenadores. São Paulo: Ltr, 2003, p. 408.

¹⁴⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Uma reflexão sobre “as cláusulas gerais” do Código Civil de 2002** – A função social do contrato. RT 831, 2010, p. 61.

O uso da referida técnica legislativa é criticada por algumas pessoas, pois pode dar ao juiz um grande poder, com prejuízo à segurança jurídica pelo motivo da possibilidade de decisões diferentes sobre um assunto igual. Porém, após o passar do tempo e as precedentes jurisprudências, a segurança deve aparecer.

Portanto, visto que o dispositivo legal traz a previsão do enriquecimento sem causa é considerada uma cláusula geral, o mesmo pode ser usado como sendo uma ferramenta principiológica para que se consiga corrigir situações de iniquidade conforme a lei.

O projeto do Código de Defesa do Consumidor, teve seu artigo 16 vetado, sendo que o mesmo versava sobre a indenização punitiva. Sobre o assunto, afirma Maria Celina Bodin de Moraes:

Relevante parece ser o fato de que quando se teve a melhor oportunidade para tanto, isto é, no âmbito da proteção ao consumidor, cujo correspondente americano é a *tortius liability*, onde os *punitive damages* alcançaram a fama e o sucesso, a opção brasileira foi no sentido de não adotar qualquer caráter punitivo na reparação do dano.¹⁴¹

Outra questão que envolve a não aplicabilidade dos *punitive damages* no Brasil é que as empresas que já estão acostumadas em enfrentar esses litígios do cotidiano, contam com advogados que já estão bem preparados para conseguirem resolver esses conflitos, auxiliando assim e minimizando os custos com a indenização. Quando o Estado assume a obrigação de fiscalizar e processar os agentes danosos, menor a possibilidade dos erros se repetirem, dadas as proporções de uma ação coletiva.¹⁴²

Alguns autores explicam não se calcula a quantidade de processos que entulha e os mesmos poderiam vir a ser evitados se fosse acertadamente aplicado o instituto da indenização punitiva, pois a mera função compensatória não tem demonstrado eficácia para diminuir a referida circunstância, mas entre 1990 e 2015, por exemplo, as indenizações eram altas, principalmente quando se tratava de carta de cobrança errada, e mesmo assim o valor bastante elevado não foi suficiente para evitar o entulhamento.¹⁴³

¹⁴¹ MORAES, Maria Celina Bodin. **Punitive damages em sistemas civilistas:** problemas e perspectivas. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 18, abr./jun. 2004.

¹⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 56. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

¹⁴³ *Idem*.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve o objetivo de analisar a possibilidade de aplicação da teoria dos danos punitivos no direito brasileiro. O instituto da indenização punitiva persegue dois objetivos, a prevenção e a punição. Quando se pune o agente que causou o dano, em consequência estará prevenindo danos futuros, entretanto o sistema americano não seria aplicável no Brasil, uma vez que há diversas características do direito brasileiro que impediriam a aplicabilidade do instituto, até mesmo pelo Brasil possuir dispositivos muito eficazes do ponto de vista teórico, como a própria ação civil pública, mencionada no capítulo anterior.

Além da historicidade e cultura, no sistema jurídico Brasileiro sistema jurídico a responsabilidade civil tem o objetivo de reparação dos danos. Outra coisa determinante é a eficácia da ação civil pública, que possui tal caráter por ser democrática e fortalecida por todas as instituições que por direito podem atuar na defesa de direitos coletivos e difusos, portanto mais abrangentes e impactantes na resolução de problemas que o sistema common law. Isto fica explícito na verificação do caso da Sra. Stella, pois decisão fixou a indenização pelos danos e, em separado, os valores do dano punitivo que, pelo contexto apresentado, acabaria não ficou com a vítima.

No caso da Stella, ela fazia parte de um grupo de pessoas que tiveram seus casos tratados de formas diferentes, sendo provável que muitas não tenham tido seus danos reparados, dada a eficácia dos juristas que atuam nestas demandas. No Brasil as ações públicas atuam em favor de direitos difusos e coletivos, isso já se equivale, de certa forma, ao sistema americano, só que de maneira muito abrangente, porque se coleta valores para fundos de reparação a todas as pessoas prejudicadas pelo ato danoso.

As razões como a aplicação embutida das indenizações punitivas nos danos morais e também o cerceamento de defesa decorrente dessa prática também são algumas barreiras impedem trabalhar a questão dos danos punitivos, ainda que os problemas referentes à essência da indenização punitiva, como a vedação do enriquecimento sem causa expressamente prevista no Código Civil, bem como a suposta ausência de previsão legal para essa modalidade estarem sendo discutidos.

Após ter analisado todas as peculiaridades da teoria dos danos punitivos juntamente com a jurisprudência brasileira conclui-se com o presente estudo não ser possível atribuir o caráter punitivo ao ordenamento jurídico brasileiro.

Acrescenta-se que, quando se observa o Brasil, deve-se considerar não somente o seu ordenamento jurídico, mas também o fato de ser um país com seu próprio contexto histórico e peculiaridades, deve-se tomar certo cuidado ao comparar, a partir de uma visão da ciência jurídica, países, dada essa mesma construção histórica. Apesar disso, pode-se pensar, para um futuro próximo, discutir a questão da responsabilidade jurídica nos tribunais brasileiros, porém a partir da visão interna sobre as contradições do país.

REFERÊNCIAS

AMARAL, F. **Direito Civil**: introdução. 7. ed. Rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 283-285.

AMARANTE, Aparecida I. Responsabilidade civil por dano à honra. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ANDRADE, André Gustavo Correa. **Dano Moral e indenização Punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do Direito Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Indenização punitiva**. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a>. Acesso em: 28 Jan. 2019.

BARROS, André Borges de Carvalho. **Elementos do Direito - Direito Civil**. São Paulo: Premier máxima, 2007.

BARROS, Ana Lúcia Porto de. et al. **O Novo Código Civil Comentado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

BEDÊ, Rodigo. **A verdade sobre o caso do café do McDonald's**. Disponível em: <<https://rodrigobede.jusbrasil.com.br/artigos/489040764/a-verdade-sobre-o-caso-do-cafe-do-mcdonald-s>>. Acesso em 14 fev. 2019.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro**. 1994. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 de fev. 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 5 out. 1988.

_____. Código Brasileiro de Telecomunicações. **LEI Nº 4.117, DE 27 DE AGOSTO DE 1962**. Diário Oficial. República Federativa do Brasil, Brasília-DF, 1962.

_____. Código Civil. **Novo Código Civil**: exposição de motivos e texto sancionado. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002.

BUSNELLI, Francesco Donato, PATTI, Salvatore. **Danno e responsabilità civile**. Torino: Giappichelli, 1997.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa e socialização do risco**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962.

CAMPOS, Diego Leite de. **Enriquecimento sem causa, responsabilidade civil e nulidade**. RT, São Paulo: Ed. RT, vol. 560, jun. 1982.

CAPELLARI, Eduardo; PRANDO, Felipe Cardoso de Melo (orgs.). **Ensino Jurídico: Leituras interdisciplinares**. São Paulo: Cultura Paulista, 2001.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Programa de responsabilidade civil**. 12 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2015.

_____. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2010.

CAHALI, Yussef Said (Org.). **Constituição Federal**. Código Civil. Código de Processo Civil. Código Comercial. 9.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 – RT Mini Códigos.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Nexo causal**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CRESWELL, John W. **Investigação qualitativa e projeto de pesquisa: escolhendo entre cinco abordagens**. 3. ed. São Paulo: Penso, 2014.

DELEUZE, Gilles. GUATTARI, Félix. **O que é a Filosofia?** Trad. Bento Prado Jr. e Alberto Alonzo Muñoz. Rio de Janeiro: Ed.34, 1992.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 2.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 19 ed. São Paulo : Saraiva, 2005.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 7.

DUPRET, Leila. **O desafio da pesquisa qualitativa.** 1. ed. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2017.

FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo código.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 76, n. 1, p. 17-63, jan./mar. 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral.** 5 ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006. p 467-492.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2003.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa.** São Paulo: Atlas, 2002, 192 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito Civil Brasileiro.** Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). (1984), **A tutela dos interesses difusos.** São Paulo, Max Limonad.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. **Por uma Nova Categoria de Dano na Responsabilidade Civil: o Dano Social.** In RTDC. v. 9. 2004.

LAGROW, John Zenneth. **BMW of North America, Inc. v. Gore: Due Process Protection Against Excessive Punitive Damages Awards,** nota 25. Disponível em: <<http://www.nesl.edu/lawrev/vol32/I/LAGROW.htm>>. Acesso em 29 de Jan. de 2019.

MACEDO, Neusa Dias de. **Iniciação à pesquisa bibliográfica: guia do estudante para a fundamentação do trabalho de pesquisa.** 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1994.

MARCONI, M. de A. LAKATOS, E. M. **Metodologia Científica**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o Novo Regime das Relações Contratuais**. 6. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: Punitive damages e o Direito brasileiro. **REVISTA CEJ**, América do Norte, n. 28, jan./mar, 2005.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

MELLO, Roberta Salvático Vaz de; GODINHO, Jéssica Rodrigues. DANO MORAL REFLEXO À MORTE E INDENIZAÇÃO. **EM TEMPO** - Marília - v. 17 – 2018.p.224.

MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa, **O dano da morte como dano reflexo - E sua reparação civil. Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade**. São Paulo: Magister, 2009.

MORAES, Maria Celina Boldin. **Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas**. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 18, abr./jun. 2004.

_____. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009b.

NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. **Contratos no Código Civil – Apontamentos gerais. In O novo Código Civil: Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale / Ives Gandra da Silva Martins Filho, Gilmar Ferreira Mendes, Domingos Franciulli Neto, coordenadores**. São Paulo: Ltr, 2003.

OLIVEIRA, Marcius Geraldo Porto de. **Dano moral: proteção jurídica da consciência**. Leme: Led, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Responsabilidade civil**, 9.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, n. 44, p. 53, 2001.

REIS, Clayton. **Dano Moral**. 4 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.29.

_____. **Avaliação do dano moral**. 3 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SAMPAIO DA CRUZ, Gisela Sampaio. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SAMPIERI, R. H.; COLLADO, C. F.; LUCIO, M. D. P. B. **Metodologia de pesquisa**. Porto Alegre: Penso, 2013.

SANTA MARIA, José Serpa de. **Direito à imagem, à vida e à privacidade**. Belém: CEJUP, 1994

SANTOS, Ozéias de Jesus dos. **Reparação do dano moral**: doutrina, jurisprudência, legislação e prática. 2. ed., Campinas: Julex, 1998.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Responsabilidade civil subjetiva e objetiva da empresa em face do novo Código Civil. **Síntese Trabalhista**, Porto Alegre: Síntese, v. 15, nº 175, p. 42-44, jan. 2011. p.191.

SENIOR, Augusto Teixeira de Freitas. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: B.L Garnier, 2017

SCHREIBER. **Novas tendências da responsabilidade civil brasileira**. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, v. 22, abr./jun. 2005a.

_____. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos. Editora Atlas, 2007.

_____. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013b.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. 1 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2008. p 642.

SILVA, Wilson Melo da. **Da responsabilidade civil automobilística**. São Paulo: Saraiva, 1975.

SILVEIRA, Renato Azevedo Sette da. **Função punitiva da responsabilidade civil**. Migalhas, São Paulo, 2016. Disponível em:
<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI249706,91041-Funcao+punitiva+da+responsabilidade+civil>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

SOUZA, Michelle Amorim Sancho. **A concretização da dignidade coletiva por meio do dano moral coletivo**. In: Sapiencia - Revista de Direito do Centro Universitário Estácio de Sá de Belo Horizonte. vol. 2, nº. 2, Belo Horizonte, 2014.

SPENSER, Stuart M.; KRAUSE, Charles F.; GANS, Alfred W. *The American Law of Torts*. St. Paul: West, 2009. v. 2ª.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: doutrina e jurisprudência. 2007. p.114.

STOLZE, Pablo Gagliano; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo Curso de Direito Civil**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SZANIAWSKI, E. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. 2. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 72.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 56. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

TIMM, Luciano Benetti; MORAES, Livia. Danos Punitivos (punitive damages): uma análise econômica. **Revista de Direito Empresarial**. p. 155. Julho/Dezembro 2008.

VARGAS, Glaci de Oliveira Pinto. **Reparação do dano moral**: controvérsias e perspectivas. 2. ed., Porto Alegre: Síntese, 1997.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direito civil:** responsabilidade civil. Vol.4. 3ºed. São Paulo: Atlas S.A., 2003.

_____. **Direito Civil:** Responsabilidade Civil. 13 ed. São Paulo : Atlas, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Uma reflexão sobre “as cláusulas gerais” do Código Civil de 2002** – A função social do contrato. RT 831, 2010